Der Vertrag im Familienrecht

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts-
und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

Martin Zechnall
aus London

1937

Dekan: Prof. Dr. Eisser

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Schönfeld

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Feine

Tag der mündlichen Prüfung: 28. September 1937

Zum Druck genehmigt von der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Universität Tübingen

Der Vertrag im Familienrecht

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts-
und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

Martin Zechnall
aus London

Dekan: Prof. Dr. Eisser

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Schönfeld

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Feine

Tag der mündlichen Prüfung: 28. September 1937

Zum Druck genehmigt von der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Universität Tübingen

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Teil. Der Vertrag im Recht.

1. Kapitel. Verhältnis von Recht und Vertrag 1

2. Kapitel. Die Stellung des Vertrags im Recht 7

I. Das Verhältnis des Vertrags zum Personenrecht und Vermögensrecht 7

II. Das Verhältnis des Vertrags zum öffentlichen Recht und Privatrecht 9

III. Das Verhältnis des Vertrags zum Schuldrecht 13

II. Teil. Das Familienrecht im Recht.

3. Kapitel 15

I. Privatrecht, öffentliches Recht und Familienrecht 15

II. Personenrecht, Vermögensrecht und Familienrecht 17

III. Familienrecht und Schuldrecht 17

III. Teil. Der Vertrag im Familienrecht.

4. Kapitel. Ueberblick 19

5. Kapitel. Vertrag und Ehe 21

I. Vertrag und Ehe im alten deutschen Recht 21

II. Vertrag und Ehe im Zeitalter des Naturrechts und des Liberalismus 25

III. Vertrag und Ehe im Recht des BGB 36

1. Der Begriff der Ehe 36
2. Die Voraussetzungen der Ehe 39
3. Die Form der Eheschliessung 43

Seite

4. Die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe 45

5. Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe 56

6. Die Auflösung der Ehe 66

IV. Vertrag und Ehe im neuen Recht 72

1. Begriff 72

2. Das Recht der Ehe 76

3. Insbesondere das Recht d.Ehescheidung 83

6. Kapitel. Vertrag und Verlobung 86

1. Geschichte 86

2. Der Begriff 87

3. Das Recht des Verlöbnisses 90

7. Kapitel. Vertrag und Familiengemeinschaft i.e.S. 101

8. Kapitel. Vertrag und Recht des unehelichen Kindes 118

9, Kapitel. Vertrag und Annahme an Kindesstatt 125

I. Die Annahme an Kindesstatt 125

II. Der Erbvertrag 137

10. Kapitel. Vertrag und Hausgemeinschaft 144

1. Teil. Der Vertrag im Recht.

1. Kapitel. Verhältnis von Recht und Vertrag.

Um das Wesen des Familienrechts und sein Verhältnis zum Vertrag begreifen zu können, müssen wir uns zuerst über das eigentliche Wesen des Rechts und des Vertrags und ihr Verhältnis zueinander klar werden.

Das Recht ist, wenn wir auf die ursprüngliche Bedeutung des Wortes zurückgehen, das, was rectus, gerade ist, im Gegensatz zum Krummen und Schiefen[1]. Diese Grundbedeutung des Wortes "Recht" wird nur noch in übertragenem Sinn, nämlich vom menschlichen Verhalten, gebraucht. Wenn der Mensch sich so verhält, wie er soll, wenn er gleichsam "gerade" Wege geht und nicht auf "krummen" Pfaden wandelt, dann tut er "Recht"; im andern Fall tut er Unrecht. All sein Tun steht unter diesem Urteil. Entweder ist es Recht oder Unrecht.

Das menschliche Tun ist also in allem und jedem gebunden. Der Mensch darf nicht einfach handeln, wie es ihm beliebt, sondern er ist in seinem Handeln gebunden, muss so handeln wie es recht ist.

Dieses "Müssen", dieses "Nicht-dürfen" ist aber nicht ein Müssen im Sinne des Naturgesetzes. Das menschliche Tun ist nicht einem Naturgesetz blind unterworfen wie die tote Sachwelt. Es unterliegt nicht dumpf und stumpf einer von aussen kommenden Macht. Sondern es ist Tun, Handeln, Gestalten, Wollen. An den Willen richten sich die Rechtsgebote. Der Mensch bestimmt selbst, was er tut, gemäss seiner Bestimmung und seinem "Recht". Der Mensch erkennt selbst, was er tun muss und bestimmt sich selbst darnach. Sein Bewusstsein ist es, das erkennt, was Recht und Unrecht ist, und sein Wille ist es, der den Geboten des Rechts gehorcht und darnach sein Leben richtet.

---

1) Jak. und Wilh. Grimm, Deutsches Wörterbuch, 1893, 8.Bd.S.387ff.; Sanders, Wörterbuch der deutschen Sprache,1863, 2.Bd. 1.H. S.672: "recht" urverwandt mit dem altpersischen râsta, gerade, recht und dem lateinischen rectus,particip.zu regere,gerade richten, lenken.

Dadurch unterscheidet sich das Rechtsgebot vom Naturgesetz. Das Gebot wendet sich an den freien Willen. Das Naturgesetz kennt nur blindes Unterworfensein. Das Recht setzt die Freiheit voraus. Die Natur kennt nur Unfreiheit.

Darum ist es möglich, dass Hegel in seiner Rechtsphilosophie das Recht als die Entfaltung des Willens und die Verwirklichung der Freiheit darstellen kann. So sagt er in der Einleitung zur Rechtsphilosophie:[1] "Der Boden des Rechts ist überhaupt das Geistige und seine nähere Stellung und Ausgangspunkt der Wille, welcher frei ist, sodass die Freiheit seine Substanz und Bestimmung ausmacht, und das Rechtssystem das Reich der verwirklichten Freiheit, die Welt des Geistes aus ihm selbst hervorgebracht, als eine zweite Natur, ist."

Was aber ist diese Freiheit des Willens, die vom Recht vorausgesetzt wird? Wie ist sie möglich gegenüber der Gebundenheit des menschlichen Tuns durch das Recht? Wie sind Freiheit und Gebundenheit, Wille und Recht miteinander vereinbar?

Wenn wir von Freiheit reden, so sprechen wir im Gleichnis und Bild. Wie der Mensch sich körperlich von seinen Banden befreien kann, wenn er gefesselt ist, so kann er sich im Geiste von sich selbst befreien und sich durch seinen Willen von seinen Trieben und Leidenschaften frei machen.[2] Wenn er nachdenkt, so setzt er sich mit sich selbst "auseinander". Er befreit sich gleichsam von seiner Person und stellt sich ihr gegenüber, und sieht sie und erkennt sie. Er erkennt seine Person, sein Leben, seine Lebensbedingungen und Lebensvoraussetzungen, er erkennt die Welt, in der er lebt und von der er lebt. Indem er sich so mit sich selbst auseinandersetzt, löst er sich freilich nicht völlig von seiner Person, weshalb wir ausdrücklich sagen, dass es ein Gleichnis und Bild ist, wenn wir von Freiheit reden. Wenn er im Denken sich seiner Person und seiner Welt bewusst wird, so unterscheidet er sich zwar von seiner Person und seiner Welt, aber dadurch erkennt er sie als s e i n e Person und s e i n e Welt; er erkennt, dass er an sie gebunden ist. Die Unterscheidung führt notwendig zu der Einheit zurück, die ihr zugrundeliegt. Unterscheiden kann ich nur dort, wo eine Einheit besteht. Unterscheiden heisst nicht völlig scheiden.

---

1) G.W.F. Hegel, Sämtliche Werke, hrsg.v.Glockner, 7.Bd.,1928, § 4 S.50.
2) Schönfeld, Ztschr.f.Dte.Kulturphilosophie, 1934, S.64.

Das ist die grosse Erkenntnis Hegels, die in allen seinen Werken Ausdruck findet. Ueberall finden wir bei ihm diese Erkenntnis der Einheit in dem Unterschiedenen. So lesen wir auch in der Vorrede zu seiner Rechtsphilosophie[1]: "Dies ist es auch, was ... als Einheit der Form und des Inhalts bezeichnet worden ist, denn die Form in ihrer konkretesten Bedeutung ist die Vernunft als begreifendes Erkennen, und der Inhalt die Vernunft als das substantielle Wesen der sittlichen, wie der natürlichen Wirklichkeit; die bewusste Identität von beiden ist die philosophische Idee," oder in der Einleitung[2]: "Der Begriff und seine Existenz sind zwei Seiten, geschieden und einig, wie Seele und Leib", oder[3]: "Diese Unterschiede sind also untrennbar: sie sind Eines und dasselbe."

Die Freiheit ist mit der Gebundenheit gesetzt. Ohne Freiheit besteht keine wahre Gebundenheit, da nur derjenige wahrhaft gebunden ist, der sich seiner Gebundenheit bewusst ist und sie mit freiem Willen bejaht. Und ebenso ist umgekehrt keine Freiheit ohne Gebundenheit; denn nur der kann sich von sich selbst frei machen und sich selbst gegenüberstellen, der gebunden ist, gebunden an ein Lebensgesetz, an sein Wesen und seine Welt.

Der Mensch ist nicht irgendwie von aussen gebunden. Er ist selbst nicht, wie Hegel es will, "von der Idee" gebunden, worauf besonders Schönfeld hinweist[4]: "Die 'Individuen', wenn sie freie Männer sind, werden nicht wie die Tiere auf der 'Schlachtbank' ... von der Idee ... aufgeopfert und preisgegeben; sondern sie opfern sich selbst und geben sich selber preis für die Idee, die sie in ihrem Herzen tragen, weil sie mit dieser ihrer Idee stehen und fallen." Wenn sie etwas tun, was das Recht ihnen gebietet, so tun sie es in aller Freiheit. Sie machen sich frei von sich selbst, von den Begierden ihrer Person und versenken sich in ihr Innerstes, um zu erkennen, was ihrem Wesen gemäss ist. Und haben sie erkannt, was ihr wahres Wesen und Leben und Sein ist, so handeln sie darnach, gleichgültig, ob sie vielleicht ihr Einzelleben dabei verlieren. Die Gebundenheit "an die Idee", an das Wesen ihrer Persönlichkeit ist immer Selbst-Bindung und Selbst-Bestimmung.

---

1) Sämtl.Werke, 7.Bd. (Rechtsphilosophie) S.35f.
2) Rechtsphilosophie § 1, Zusatz, Seite 38.
3) Rechtsphilosophie § 4, Zusatz, Seite 52.
4) Schönfeld, Der deutsche Idealismus und die Geschichte,1936,S.31.

Was ist aber die "Idee", das wahre Wesen des Menschen, an das er sich gebunden sieht und dem gemäss er sich freiwillig bindet als seinem Recht?

Das wahre Wesen des Menschen wird uns in der Sprache offenbar, wie Schönfeld uns zeigt.[1] Unsere Sprache redet von der ersten und zweiten und dritten Person. Die erste Person bin "Ich" und die zweite Person bist "Du", den ich anrede, und die dritte Person ist "Er" (Sie), über den "Wir" als den abwesenden Dritten reden, "Wir", die wir miteinander reden, wenn "Ich" mit "Dir" rede. Jeder Mensch ist gleichzeitig Ich für sich selbst und Du für den anderen und Er für den Dritten. Indem Ich für mich bin, bin ich Eigenwesen; indem ich aber gleichzeitig für Dich "Du" bin, bin ich ein Glied des Gemeinwesens, das "Wir" zusammen bilden. Und indem ich auch für den Dritten "Er" bin, bin ich Fremdwesen für die, deren Gemeinschaft ich nicht angehöre. Das wahre Wesen des Menschen ist also Eigenwesen und Gemeinwesen zugleich, das immer das Fremdwesen in sich enthält, als seinen Gegensatz.

Die Sprache wiederholt die Gliederung von Ich, Du, Er im Wir, Ihr, Sie; denn auch Gemeinschaften stehen zueinander wie Einzelne, stehen zueinander entweder im Verhältnis zur Gemeinschaft oder der Feindschaft.

So offenbart uns schon die Sprache unser wahres Wesen und damit unser wahres Recht. Denn Wahrheit und Recht sind im Grunde dasselbe. Was die Wahrheit für das Denken, das ist das Recht für das Tun. Was ich als mein wahres Wesen erkenne, das habe ich als mein "rechtes" Wesen, als mein "Recht" durch die Tat zu verwirklichen.

Welche Menschen bilden aber mit mir zusammen ein Gemeinwesen und welche sind für mich Fremdwesen?

Das richtet sich nach unserem Wesen im eigentlichen Sinn, nach unserer Art und Rasse, nach unserer Person. Gemeinwesen und Gemeinschaft bedeuten nichtsanderes als gemeinsames Wesen, gemeinsame Beschaffenheit. Die Menschen, die eine Gemeinschaft bilden, sind von gleicher Art und Rasse, sind für einander geschaffen und kraft ihres Wesens auf ein Zusammenleben angewiesen. Von dieser Gemeinschaft sind die ausgeschlossen, die nicht das gemeinsame Wesen haben, sondern von fremder Art sind.

1) Schönfeld, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, 30.B.1936.

Jeder einzelne trägt in seinem Wesen die Beziehung zu seiner Gemeinschaft, die Anlage zur Gemeinschaft und ist damit zugleich geschieden von denen, die fremder Art und Rasse sind. Das ist eine Grundwahrheit, für die eigentlich erst der Nationalsozialismus den Blick geöffnet und deren Befolgung er erst durchgesetzt hat. Die Menschheit ist nicht eine Summe von gleichgearteten Menschen, sondern sie ist gegliedert in die mannigfaltigsten Arten und Rassen und auf Grund dieser natürlichen Verschiedenheiten gegliedert in Völker. Jeder Einzelne gehört zu einer bestimmten Rasse und zu einem bestimmten Volk. Dies ist sein Wesen und Sein und deshalb auch sein Sollen, sein Recht, das er zu verwirklichen hat.

Darum hat der Einzelne nicht nur sein Einzelleben zu erhalten und zu fördern, sondern mit seinem Einzelleben zugleich das Leben der Gemeinschaft, der er als Einzelner kraft seines Wesens zugehört, und zugleich mit dem Leben seiner engeren Wesensgemeinschaft, seiner Artgenossenschaft und Volksgemeinschaft die Gemeinschaft, der er als Volksgenosse auch angehört, die Gemeinschaft aller Völker zusammen.

Einzelner und Gemeinschaft stehen nicht in einem Gegensatz zueinander. "Der Einzelne ist als solcher selbst eine Gestalt der Gemeinschaft; er ist die Gemeinschaft von Allgemeinheit und Besonderheit in der Einzelheit, von Sein und Schein in der Erscheinung, von Zukunft und Vergangenheit in der Gegenwart."[1] Der Liberalismus ist nicht deshalb falsch, weil er den Einzelnen als Einzelnen anerkannt hat, sondern weil er ihn nicht in seiner Wahrheit, nämlich in seiner gemeinschaftlichen und gliedhaften Veranlagung erkannt hat. Nur als freie Männer, als Persönlichkeiten, als Einzelne sind wir für die Gemeinschaft verantwortlich und können wir wirklich Gemeinschaft halten; andernfalls sind wir blosse Mitläufer.[1]

Erkennt der Einzelne, dass er kraft seines Wesens in eine Gemeinschaft hineingestellt ist, so bestimmt er nach dieser Erkenntnis sein Handeln und Tun. Er bindet sich an die Genossen seiner Art und seines Wesens, weil er weiss, dass er an sie gebunden ist. Er läuft nicht einfach mit und lässt sich von seiner Gemeinschaft treiben. Als freier, seines Wesens bewusster Mann bindet er sich selbst und stellt sich selbst

---

1) Schönfeld, Ztschr.d.Akademie f.Deutsches Recht,1937,H.4.

in die Gemeinschaft, weil er weiss, dass sie sein Leben ist. Er schliesst mit seinen Genossen Frieden und verträgt sich mit ihnen. Er und die Genossen seiner Art "tragen" sich gegenseitig, "vertragen" sich, helfen und unterstützen einander, weil sie eine Gemeinschaft bilden. Sie schliessen miteinander einen "Vertrag" - Vertrag im schönen und tiefen Sinne dieses Wortes. Sie vertragen sich, weil sie eines gemeinen Wesens sind. Vertrag und Gemeinschaft ist im Grunde dasselbe.

Aber obwohl oder gerade weil Vertrag und Gemeinschaft ein und dasselbe sind, darum unterscheiden sie sich. Der Vertrag ist ein Werk des freien Willens, die Gemeinschaft dagegen ist das Werk der Schöpfung, ist Beschaffenheit[1]. Der Vertrag ist die Verwirklichung der im menschlichen Wesen angelegten Gemeinschaft. Wer sich gegenseitig "trägt", verwirklicht eine Gemeinschaft. Sich-vertragen heisst bewusst das wollen und tun, was im menschlichen Wesen schon keimhaft liegt, nämlich ein Gemeinwesen bilden, eine Gemeinschaft begründen. Wie die wahre Freiheit immer nur Freiheit zur Gebundenheit und die wahre Gebundenheit immer nur freiwillige Gebundenheit ist, so ist der wahre Vertrag immer nur Vertrag zur Gemeinschaft und die wahre Gemeinschaft immer Vertragsgemeinschaft, Willensgemeinschaft. Wie ich aber Freiheit und Gebundenheit auch unterscheide und von Freiheit dort rede, wo ich den Ton auf das Sich-befreien, das Wissen und Wollen lege und von Gebundenheit dann spreche, wenn ich weniger das Wollen als vielmehr das Müssen betone, so unterscheide ich auch Vertrag und Gemeinschaft. Wo ich vornehmlich das Wollen und Tun meine, da rede ich von Vertrag; wo ich aber das Sollen und Müssen meine, da rede ich von Gemeinschaft.

Damit kennen wir jetzt das Verhältnis von Recht und Vertrag. Das Recht des Menschen, das heisst seine rechte und wahre Gestalt ist die Gemeinschaft. Sein Wesen ist daraufhin

---

1) Die Endsilbe "schaft" im Wort Gemeinschaft kommt von schaffen und bedeutet die Beschaffenheit (Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, bearb.v.Götze, 11.Aufl.S.105). Ueber die Herkunft des Wortes "gemein" bestehen noch Zweifel. Entweder hängt es mit dem lateinischen moenia, Schutzwall zusammen und bedeutet die Kampfgenossen, die hinter demselben Schutzwall stehen oder heisst "gemein" dasselbe wie Austausch (Grimm, Deutsches Wörterbuch, 4, 1, 2 S.3169; Sanders, Wörterbuch der deutschen Sprache 1863, 2.Bd.1.H. S.273ff.). Jedenfalls bedeutet "Gemein-schaft" die gemeinsame Beschaffenheit.

angelegt, dass er in Gemeinschaften lebt. Die Gliederung der Menschheit in Völkergemeinschaften ist nicht nur eine Tatsache, sondern - vom Willen aus betrachtet - eine Forderung, sie ist das Recht, das der Mensch zu verwirklichen hat. Vom Willen aus gesehen stellt sich die Gemeinschaft als Ziel dar, das man zu erreichen hat, als Vertrag, den man zu schliessen hat. Das Recht ist demnach Gemeinschaft und Vertrag zugleich und ist bald mehr das eine, bald mehr das andere, je nachdem, ob man es als Zustand oder Bewegung, als Sollen oder Wollen, als Beschaffenheit oder als Schaffen betrachtet.

2. Kapitel: Die Stellung des Vertrags im Recht.

I. Das Verhältnis des Vertrags zum Personenrecht und Vermögensrecht.

Das Recht der Gemeinschaft ist zugleich das Recht des Vertrags. Dass wir einer Volksgemeinschaft, einer Familiengemeinschaft und einer Arbeitsgemeinschaft angehören, bedeutet zugleich, dass wir uns vertragen sollen mit unseren Volksgenossen, mit unseren Familiengenossen und Arbeitskameraden. Wo eine Gemeinschaft ist, ist immer auch Vertrag und umgekehrt. Darum herrscht der Vertrag überall im Recht.

Verstehen wir aber Vertrag in dem von der Gemeinschaft unterschiedenen Sinn, so müssen wir auch den Bereich dieses Vertrags vom Bereich der eigentlichen Gemeinschaft unterscheiden. Das Recht des eigentlichen Vertrags herrscht dort, wo der Wille, die Freiheit im Vordergrund steht, das Recht der echten Gemeinschaft dort, wo das Müssen, die Gebundenheit betont ist.

Der Wille tritt dort besonders in den Vordergrund, wo nicht die natürlichen Bindungen vorherrschen. Die natürlichen Bindungen herrschen dort vor, wo die Persönlichkeit und das Wesen massgebend ist. Die Volksgemeinschaft und die Familiengemeinschaft sind solche Bindungen, die in erster Linie von

der Natur und dem Wesen der Persönlichkeit und erst in zweiter Wille vom Willen bestimmt sind. Hier ist das Wesen des Menschen, seine Erscheinung, seine Person[1] massgebend. Das Wesen des Einzelnen ist Gemeinwesen. Das Wesen, die Person und die Erscheinung bestimmen, welche Menschen als eine Rasse und ein Volk zusammengehören. Das Blut bestimmt, welche Menschen eine Familie bilden. Der Wille kann hier nur die vorgeschaffene Schöpfung nachschaffen.

Dagegen tritt der Wille dort hervor, wo es nicht auf die Person und das Wesen ankommt, sondern auf deren Gegensatz - auf die Sache. Die Beziehungen, in denen die Menschen zueinander hinsichtlich ihrer Sachen stehen, werden weniger von ihrer Persönlichkeit bestimmt, als von ihrem Willen. Denn die Sachen gehören nicht schon als solche zu der oder jener Person, sondern können jedem beliebigen Menschen zustehen, gleichgültig welcher Rasse oder welcher Art er ist. Der Wille bestimmt, wem eine Sache zustehen soll, ob einem oder mehreren zusammen, und wer von der Sache ausgeschlossen sein soll. Es ist also der Bereich der Sache, in dem der Wille herrscht und damit der Vertrag. Es ist das Sachenrecht oder - wie wir es besser nennen, um eine Verwechslung mit dem Sachenrecht des BGB. zu vermeiden - das Vermögensrecht, in dem der Vertrag sein Recht hat.

Aber die Sache kann nicht von der Person geschieden werden. Die Sache gehört zur Person. Ohne Sache ist die Person nicht lebensfähig, nicht nur die Einzelperson, sondern auch die Gesamtperson. Wenn wir auch Person und Sache unterscheiden, so dürfen wir doch ihre Gemeinschaft nicht übersehen, dürfen wir nicht übersehen, dass die Sache gleichsam ein weiteres Glied der Person ist. Das Glied aber richtet sich nach dem gesamten Leib. Darum richtet sich auch die Stellung der Sache nach der Stellung der Person. Die Sachbeziehungen können nicht völlig unbekümmert um die persönlichen Beziehungen geregelt werden, sondern müssen sich letzten Endes immer nach den persönlichen Beziehungen richten. Die Volksgemeinschaft ist nicht nur eine persönliche Gemeinschaft, sondern auch eine Sachgemeinschaft. Darum ist der Vertrag, durch den wir unsere Sachbeziehungen regeln, gebunden an die Gemeinschaft, die wir im Persönlichen bilden. Das Recht des Vertrags ist bestimmt durch das Recht unserer Gemeinschaft.

1) Lat. persona bedeutet Maske, Kleid, im übertragenen Sinn überhaupt das Aeussere des Menschen, seine Erscheinung.

Damit kommen wir zu demselben Verhältnis, das wir auch zwischen Freiheit und Gebundenheit festgestellt haben. Wie die echte Freiheit zur Gebundenheit zurückkehren muss, zur Gebundenheit, die dadurch Selbst-bindung wird, so muss auch das Recht des Vertrags zum Recht der Gemeinschaft und das Recht der Sache zum Recht der Person zurückkehren. Das Eigenrecht des Vertrags ist nur vorläufig. Der Vertrag bedarf zu seiner "Ergänzung" , um ganz und vollkommen zu werden, der Gemeinschaft, die er zu verwirklichen hat. Denn das Recht der Vermögensbeziehungen, das der eigentliche Bereich des Vertrages ist, muss sich letzten Endes immer nach den persönlichen Beziehungen richten. Das Vermögensrecht und das Vertragsrecht erhalten ihren vollen Sinn erst von der Gemeinschaft und dem Personenrecht.

II. Das Verhältnis des Vertrags zum öffentlichen Recht und Privatrecht.

Der Mensch ist, wie wir gesehen haben, Gemeinwesen und Sonderwesen zugleich. Er ist Sonderwesen, indem er sein eigenes besonderes Wesen, seine eigene und besondere Persönlichkeit hat, die sich abgrenzt gegenüber der Persönlichkeit der anderen.

"Sonderwesen", "Privatmann" sein heisst aber nicht, dass die Menschen völlig voneinander abgesondert sind und ohne Zusammenhang nebeneinander leben. Vielmehr sind sie in ihrer Abgesondertheit darauf angelegt, miteinander zu leben. Sie sind dazu berufen, aus ihrer Absonderung herauszugehen und sich zusammen zu schliessen zu dem Gemeinwesen, das sie kraft ihrer Gemeinschaft bilden sollen. Ihre Gemein-Beschaffenheit verpflichtet sie dazu, sich nicht gegeneinander "abzuschliessen", sondern sich einander zu "öffnen", zu einem "öffentlichen" , allen zugänglichen Wesen. Oeffentliches Wesen bedeutet nichts anderes als Gemeinwesen, und öffentliches Recht ist das Recht des Gemeinwesens.

Die Gemeinschaft ihres Blutes schliesst sie zum Gemeinwesen, zum öffentlichen Wesen zusammen. Aber sie werden nicht von einer äusseren Macht zusammengeschlossen, sondern als freie

Persönlichkeiten schliessen sie sich selbst zusammen, vertragen sie sich gegenseitig, weil sie sich ihrer Gemeinschaft bewusst sind und sie deshalb in ihren Willen aufnehmen.

Darum steckt in der Theorie des Naturrechtszeitalters vom Staat als einen contrat social auch ein Körnchen Wahrheit. Der Staat beruht auch auf dem Vertrag seiner Bürger. Nicht dass das Naturrecht im Staat einen contrat, einen Vertrag gesehen hat, werfen wir ihm vor; sondern dass es den Staat nicht als Einheit von Vertrag und Gemeinschaft, von Sonderwesen und Gemeinwesen, von Gliedern und Ganzem erkannt hat, ist sein Irrtum. Rousseau hat übersehen, dass die Freiheit immer nur Freiheit zur Gebundenheit ist, dass der Vertrag nicht willkürlich geschlossen werden kann, sondern immer nur dort, wo eine Bindung zum Vertrag, wo eine Gemeinschaft besteht. Die Gemeinschaft ist die Grundlage jedes Vertrags, besonders des Vertrags, den die Bürger eines Staates miteinander schliessen. Denn der Vertrag, den die Bürger zur Bildung eines Gemeinwesens miteinander schliessen, ist nur die Verwirklichung der Gemeinschaft, die in ihrem Wesen angelegt ist. Ihr Vertrag erscheint nur als Folge der Gemeinschaft. Das Gewicht liegt auf der Gemeinschaft und nicht auf dem Vertrag. Die Volksgemeinschaft ist, was sie sagt, in erster Linie Gemeinschaft und erst in zweiter Linie Vertrag.

Darum ist es falsch, den Staat einen contrat social zu nennen, ohne hinzuzusetzen, dass er als contrat, als Vertrag zugleich Gemeinschaft ist und zwar in erster Linie Gemeinschaft, Gemeinwesen, und erst in zweiter Linie Vertrag.

Ist aber die Gemeinschaft das wahre Wesen des Staates und nicht der Vertrag, so ist das öffentliche Recht Gemeinschaftsrecht und nicht Vertragsrecht im typischen Sinn. Dies erkannt und in die Wirklichkeit umgesetzt zu haben, ist das Verdienst des Nationalsozialismus. Er hat das Staatsrecht aus einem Vertragsrecht wieder in ein Gemeinschaftsrecht umgewandelt.

Er hat nicht nur den Schlusstein gesetzt in der Entwicklung, die das Deutsche Reich vom blossen Vertragsverhältnis des Deutschen Bundes über das Bundesstaatsverhältnis von 1870 zum wahren Gemeinschaftsverhältnis nahm. Er hat den deutschen Staat auch insofern wieder aus einem blossen "Vertrag" seiner Bürger zu einer Gemeinschaft und einem Gemeinwesen gebildet,

als er die Parteien, in die das deutsche Volk zerspalten war, beseitigt hat. "Parteien" gibt es nur bei einem Vertragsverhältnis. Die Gemeinschaft dagegen kennt nur Glieder. Auch die Volksgemeinschaft, die eine echte Gemeinschaft des Wesens und der Art ist, kennt nur Glieder, nicht Parteien. Wenn darum ihr wahres Recht wieder hergestellt werden sollte, mussten die Parteien beseitigt werden.

Wenn auch das wahre Staatsrecht Gemeinschaftsrecht ist, so ist damit das Vertragsrecht nicht völlig weggeleugnet. Wohl verfestigt sich die Volksgemeinschaft im Staat zu einem einheitlichen Wesen, zur "Staatsperson"; das Staatsrecht ist ein Recht der Einheit, der Gebundenheit, der Ueber- und Unterordnung. Aber wir verkennen das Wesen der Volksgemeinschaft, wenn wir sie nur als Staat sehen. Die Volksgemeinschaft ist ein gegliedertes Wesen. Sie gliedert sich aus den einzelnen Volksgenossen. Die Volksgenossen vertragen sich miteinander gemäss ihrer Blutsgemeinschaft und bilden auf Grund dieses "Vertrags" die Volksgemeinschaft. Wohl ist die Blutsgemeinschaft die Grundlage und steht im Vordergrund. Der Vertrag aber, der nichts anderes ist als die freiwillige Verwirklichung dieser Gemeinschaft, ist in der Gemeinschaft mitenthalten.

Das öffentliche Recht verliert seine volle Wirklichkeit, wenn das Recht des Vertrags nicht mitgedacht wird. Der Staat wird zur hohlen Form, wenn die Volksgenossen nicht mitgedacht werden, die sich vertragen und zusammenschliessen zur Staatsperson.

Mit dem Recht des Staates, des Gemeinwesens, müssen wir darum immer das Recht des Sonderwesens, des Privaten anerkennen. Ohne Sonderwesen kein Gemeinwesen, ohne die Glieder kein Ganzes. Das Recht des Sonderwesens, das "Privatrecht" ist nicht irgendwie abgeleitet von dem Recht des Gemeinwesens, vom öffentlichen Recht, sondern es ist mit dem öffentlichen Recht gesetzt. Das Privatrecht ist dasselbe wie das öffentliche Recht, nur von der anderen Seite aus gesehen. Wie beim öffentlichen Recht die Sonderwesen mitgedacht werdenmüssen, die sich zum öffentlichen Wesen zusammentun, so muss beim Privatrecht das Gemeinwesen mitgedacht werden, dessen Glieder die Privaten, die Sonderwesen sind. Im Privatrecht richten wir das Hauptaugenmerk auf das Recht der Sonderwesen und sehen zunächst von dem Gemein-

wesen ab, ohne es endgültig zu übersehen, da erst das Gemeinwesen die Sonderwesen "ergänzt" zu ihrer vollen Ganzheit und Wirklichkeit. Wir unterscheiden das Privatrecht vom öffentlichen Recht, sehen aber gerade darum ihre Einheit.

Vom Recht des Sonderwesens, vom Privatrecht aus gesehen erscheint aber die Verbindung der Sonderwesen nicht in erster Linie als Gemein-Beschaffenheit, als Gebundenheit, sondern als gegenseitiges Sich-binden, als gegenseitiges Sich-vertragen und Zusammenschliessen. Was wir vom Gemeinwesen aus betrachtet als Beschaffenheit, als Gebundenheit erkennen, das erkennen wir vom Sonderwesen aus in erster Linie als eigenes Schaffen, als freies Sich-binden, als Vertrag. Im Privatrecht steht darum - im Gegensatz zum öffentlichen Recht - der Vertrag im Vordergrund. Hier ist der eigentliche Herrschaftsbereich des Vertrags.

Der wahre Vertrag aber ist, wie wir wissen, nur die Verwirklichung der Gemeinschaft. Wenn wir darum das Privatrecht den eigentlichen Herrschaftsbereich des Vertrags nennen, so heisst das nicht, dass der Vertrag im öffentlichen Recht keinen Platz hat. Wir bleiben uns bewusst, dass Privatrecht und öffentliches Recht, Vertrag und Gemeinschaft nur deshalb unterschieden werden können, weil sie im letzten Grunde ein und dasselbe sind. Zu jeder Gemeinschaft gehört das Sich - "Vertragen" der Glieder, wie auch jeder Vertrag seine Grundlage in einer Gemeinschaft hat. Darum herrscht der Vertrag auch im öffentlichen Recht, nur nicht an erster Stelle. Im Privatrecht dagegen sehen wir den Vertrag im Vordergrund.

Treten wir vom äussersten Standpunkt, vom Sonderwesen herüber zum Standpunkt des Gemeinwesens, so treten wir damit vom echten Vertrag zur echten Gemeinschaft. In der Mitte sehen wir aber Vertrag und Gemeinschaft zugleich. Diese Mitte zwischen "Privatrecht" i.e.S. und "öffentlichem Recht" i.e.S. können wir "Gemeinschaftsrecht" i.e.S. nennen, da in diesem Wort beides mitschwingt, beides, Gemeinwesen und Vertrag. Es ist der Bereich, wo weder die Privatperson noch die Staatsperson vorherrscht, sondern wo beide noch ungeschieden sind, wo Vielheit und Einheit noch in- und miteinander sind. Es ist der Bereich der Gemeinschaft i.e.S., der Familien und Volksgemeinschaft.

III. Das Verhältnis des Vertrags zum Schuldrecht.

Im BGB. steht das Schuldrecht als besonderes Rechtsgebiet neben dem Sachenrecht.

Gibt es neben Personenrecht und Vermögensrecht, neben öffentlichem und Privatrecht noch einen weiteren Rechtsbereich, das Schuldrecht?

Die Systematik des BGB ist eine künstliche Einteilung, nicht eine echte Gliederung. Sie ist die Systematik des Pandektenrechts, der Hegel mit Recht vorwirft[1], dass sie "schief" und "begrifflos" ist. Das BGB. ordnet das Recht nicht nach einem einheitlichen, sondern willkürlich nach verschiedenen Gesichtspunkten. Der "Allgemeine Teil" ist in Wahrheit kein allgemeiner Teil, sondern enthält willkürlich Teile des Personenrechts und besonders des Vermögensrechtes. Das Sachenrecht des BGB. umfasst nur einen Teil des Rechtes der Sachen, des Vermögens; das einzige, was ihm in dem System des Rechts entsprechen kann, nämlich das Personenrecht fehlt ihm völlig. Mit dem "Familienrecht" und dem "Erbrecht" sind zwei Rechtsgebiete wiederum nach anderen, nämlich nach stofflichen Gesichtspunkten abgegrenzt. Endlich greift das BGB. im "Schuldrecht" einen Teil des Vermögensrechtes heraus, ohne ihm das im System des Ganzen entsprechende Glied "ergänzend" zur Seite zu stellen.

Es ist gleichgültig, nach welchem Gesichtspunkt wir einteilen; jedenfalls müssen wir aber eine Einteilung immer nach demselben Gesichtspunkt durchführen.. Wir können nicht mit einer Gliederung nach den Lebenstatbeständen, wie sie eben gerade kommen, beginnen - z.B. Handelsrecht, Familienrecht, Erbrecht - um dann plötzlich ein Schuldrecht oder ein Sachenrecht einzuschieben, Rechtsglieder, die aus einer ganz anderen Gliederung stammen.

Um uns klar zu werden, was Schuldrecht ist, müssen wir das finden, wovon sich das Schuldrecht unterscheidet. "Schuld" kommt von skullan und bedeutet Sollen[2]. "Schuld-Recht" ist also das gesollte Recht. Es steht also im Gegensatz zu dem Recht,

---

1) Rechtsphilosophie § 40 S.93.
2) Grimm, Deutsches Wörterbuch IX, S.1870, X, 1 S.1452.

das tatsächlich so i s t , wie es sein soll. Im Schuldrecht ist der Ton auf das Sollen im Recht gelegt. Recht ist das menschliche Sein, das so ist, wie es sein soll. Wo das Sein noch nicht so ist, wie es sein soll, da empfinden wir es besonders stark als Sollen. Dort erscheint uns das Recht als Schuldrecht.

Da aber Sein und Sollen im Grunde Eines sind, ist jedes Recht zugleich Schuldrecht. Die Menschen gleicher Art und gleichen Blutes bilden nicht nur eine Volksgemeinschaft und ein Gemeinwesen, sondern sollen sie auch bilden. Die Blutsverwandten s i n d nicht nur eine Familiengemeinschaft, sondern sollen es auch sein. Wer eine Sache zu eigen hat, i s t nicht nur Eigentümer, sondern soll es sein und soll als solcher von den anderen geachtet werden. Aber gerade weil Sein und Sollen im letzten Grunde ein und dasselbe sind und das Recht zugleich Schuldrecht ist, darum unterscheiden sie sich an der Oberfläche. Wir unterscheiden Sein und Sollen, weil sie sich vorübergehend trennen können. Gesollt oder geschuldet ist etwas dort, wo es noch nicht so i s t , wie es sein soll. Vom Sollen, vom Schuldrecht im besonderen reden wir deshalb dort, wo das Recht im besonderen Masse noch nicht so ist, wie es sein soll.

Wo ist aber das Recht noch nicht so beschaffen, wie es sein soll? Dort, wo das Verhältnis der Menschen noch nicht durch die Gemeinbeschaffenheit ihrer Person gleichsam von Natur so ist, wie es sein soll, sondern wo es erst durch den freien Willen gestaltet werden muss. Das Sollen setzt den freien Willen voraus. Das Sollen hat dort sein Recht, wo die Freiheit herrscht. Das Recht des Sollens, das Schuldrecht steht dort im Vordergrund, wo die Freiheit im Vordergrund steht, wo die Menschen ihr Verhältnis zueinander frei regeln und bestimmen durch den Vertrag. Das ist aber, wie wir gesehen haben, der Bereich des Vermögensrechts und des Privatrechts.

Im Gemeinschaftsrecht, z.B. im Recht der Familie, werden die aus der Gemeinschaft hervorgehenden Pflichten normalerweise nicht als solche empfunden. Die Eltern empfinden ihre Erziehungs-und Unterhaltspflicht nicht als Last. Als wirkliche Pflichten werden nur die empfunden, die künstlich geschaffen werden. Als Pflicht, als Sollen, als Schuld wird das Recht nur dort empfunden, wo an sich keine natürlichen Pflichten bestehen, sondern wo die Pflichten künstlich begründet werden müssen,

im Bereich der Sachbeziehungen, im Vermögensrecht und Vertragsrecht. Der Vertrag hat also seine eigentliche Heimat im Schuldrecht.

Damit haben wir die Stellung des Vertrags im Gliederungsgefüge des Rechts erkannt. Der Vertrag hat seinen eigentlichen Platz im Vermögensrecht, im Privatrecht und im Schuldrecht, während die Gemeinschaft im Personenrecht, im öffentlichen Recht, überhaupt im ganzen Recht vorherrscht. Wie das Vermögensrecht vom Personenrecht, das Privatrecht vom öffentlichen Recht und das Schuldrecht vom vollkommenen Recht umschlossen wird, so bedarf auch der Vertrag der Ergänzung durch die Gemeinschaft. Der Vertrag ist nur die Verwirklichung der im Grunde schon bestehenden Gemeinschaft.

Damit haben wir die Voraussetzungen geschaffen, um die Stellung des Familienrechts im Recht und sein Verhältnis zum Vertrag kennen zu lernen.

2. Teil. Das Familienrecht im Recht.

3. Kapitel.

I. Privatrecht, öffentliches Recht und Familienrecht.

Das Familienrecht gibt Antwort auf die Frage, ob das Zusammenleben in Familien überhaupt zum wahren Wesen des Menschen gehört und welche Form diese Gemeinschaft hat und haben soll.

Die Familiengemeinschaft rechtfertigt sich aus der Gemeinschaft des Wesens, das die Ehegatten zusammenschliesst und aus der Gemeinschaft des Blutes, das die Kinder mit den Eltern verbindet. Durch diese Wesens- und Blutsgemeinschaft sind die Familienglieder berufen, miteinander ihr Leben zu teilen. Die Wesensgemeinschaft verbindet die Ehegatten zu gemeinsamem Leben und Arbeiten und zur gemeinsamen Sorge für die Kinder. Die Blutgemeinschaft mit den Kindern beruft die Eltern dazu, für

das Wohl ihrer Kinder zu sorgen und sie für den Lebenskampf zu erziehen; die Blutsgemeinschaft mit den Eltern hingegen verpflichtet die Kinder dazu, den Eltern zu gehorchen, und wenn sie erwachsen sind, für ihre Eltern zu sorgen.

Der Zusammenschluss der Familienmitglieder zur vollen Lebens-, Arbeits- und Vermögensgemeinschaft rechtfertigt sich also aus der Gemeinbeschaffenheit ihres Wesens und Blutes. Daraus ergibt sich aber nicht nur die Daseinsberechtigung der Familie, sondern auch ihre rechte Form, ihre Rechtsform. Die Familie ist nicht ein lockeres, gegenseitiges Unterstützungsverhältnis, das dem Nutzen der Einzelnen dient, sondern sie ist eine feste Gemeinschaft. Wohl bestehen - vom einzelnen Familienglied aus betrachtet - Ansprüche und Pflichten gegeneinander; wohl hat auch der Einzelne seinen Willen darauf zu richten, dass er mit den anderen auskommt und sich verträgt. Aber darin erschöpft sich nicht das Wesen des Familienverhältnisses. Es ist mehr als ein blosses gegenseitiges Rechts- und Pflichtenverhältnis. Es ist mehr als ein blosses Vertragsverhältnis. Es ist ein festes Gemeinschaftsverhältnis. Die Familiengemeinschaft bildet eine Einheit, eine Rechtsgemeinschaft. Das Familienrecht ist Gemeinschaftsrecht.

Als Gemeinschaftsrecht steht das Familienrecht mitten zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Das Familienrecht ist weder Staatsrecht noch Privatrecht. Die Familie ist nicht eine Anstalt oder Körperschaft des öffentlichen Rechts. Sie ist aber auch nicht ein eigentlicher Privatverband (wie z.B. die Handelsgesellschaft). Sie steht weder einseitig im öffentlichen Recht noch einseitig im Privatrecht. Vielmehr ist sie echte Gemeinschaft, in der Sonderwesen und Gemeinwesen noch ungeschieden beieinander sind. Sie hat sich weder nach der Seite der Einheit, des Gemeinwesens, noch nach der Seite der Vielheit, der Sonderwesen einseitig entwickelt. Der Ton hat sich bei ihr weder auf die eine Seite noch auf die andere Seite verlagert, sondern ruht noch auf beiden Seiten gleich stark. Vielheit und Einheit halten sich gleichmässig die Wage. Das Familienrecht ist sowohl Staatsrecht als auch Privatrecht und darum keines von beiden im echten Sinn. Das Familienrecht hält sich in der Mitte von beiden und umfasst daher beide in sich. Im Familienrecht herrscht weder einseitig strenge Ueber- und Unterordnung wie beim Staat, noch völlig

Gleichordnung wie beim Vertrag, sondern beides ist noch ursprünglich beisammen. Die Familie ist weder ein öffentlich-rechtliches Befehlsverhältnis noch ein privatrechtliches Vertragsverhältnis. Sie ist weder Gemeinwesen i.e.S. noch Gesellschaft oder Vertrag. Darum ist ihr Recht weder das Recht des Gemeinwesens, öffentliches Recht, noch das Recht der Gesellschaft oder des Vertrags, Privatrecht, sondern es ist das Recht wie es in seinem Ursprung ist, es ist Gemeinschaftsrecht, das sich noch nicht verfestigt hat zum Recht des Gemeinwesens und sich auch noch nicht gelockert hat zum Vertragsrecht. Es ist das Recht der Gemeinschaft, in dem Gemeinwesen und Sonderwesen noch ungeschieden sind und in und miteinander stehen. Die Familie ist weder Person des öffentlichen Rechts noch Person des Privatrechts, sondern sie ist Glied der Volksgemeinschaft, ihr Recht ist Recht der Gemeinschaft.

II. Personenrecht, Vermögensrecht und Familienrecht.

Ist das Recht der Familie Gemeinschaftsrecht, so ist es damit Personenrecht. Wo die Gemeinschaft ihr Recht hat, da herrscht die Person und nicht die Sache. Die Persönlichkeit entscheidet, welcher Familie der Einzelne angehört. Die Person und ihr Wesen rechtfertigt die Zugehörigkeit zur Familie.

Wohl ist die Familie auch Sach- und Vermögensgemeinschaft. Aber ihre Vermögensgemeinschaft ist nicht Grund, sondern Folge der persönlichen Gemeinschaft. Die Familienglieder sind nicht deshalb miteinander verbunden, um eine Vermögens- und Wirtschaftsgemeinschaft zu bilden, sondern sie sind miteinander verbunden, weil ihre Persönlichkeit gemeinbeschaffen ist. Da aber die Person und damit auch die Personengemeinschaft nicht ohne die Sache leben kann, ist die Familiengemeinschaft notwendigerweise auch Vermögensgemeinschaft. Das Familienrecht umfasst als Personenrecht das Vermögensrecht mit, es ist das Recht der vollkommenen Person, der Person, zu der auch die Sache gehört.

III. Familienrecht und Schuldrecht.

Das Familienband ist ein natürliches Band. Ihre Natur schliesst die Familienmitglieder zusammen. Die Ehegatten fühlen

sich durch ihre Wesensgemeinschaft zueinander hingezogen und die Kinder sind ihren Eltern durch die Blutsverwandtschaft, also durch die Natur verbunden. Was den Familiengliedern aus dieser natürlichen Gemeinschaft an Pflichten erwächst, wird nicht als Last empfunden. Vielmehr ist die Erfüllung der familienrechtlichen Pflichten Betätigung und Ausfluss des natürlichen Gemeinschaftsgefühls. Den Eltern ist es nicht eine Last, sondern eine natürliche Freude, für ihre Kinder zu sorgen, und den Ehegatten ist es eine Freude, füreinander zu arbeiten und einander beizustehen. Erst wenn die Familiengemeinschaft nicht mehr in Ordnung ist, kommt den Familiengenossen der Pflichtcharakter zum Bewusstsein.

Wo die Familiengemeinschaft in Ordnung ist, da wird das Recht der Familie nicht als Pflicht, als Sollen, als Schuld empfunden. Es ist darum nicht Schuldrecht. Das Sollen tritt ganz zurück. Erst wenn die natürliche Gemeinschaft auseinanderbricht, kommt der schuldrechtliche Charakter des Familienrechts, der bis dahin geschlummert hat, hervor. Das echte Familienrecht ist nicht blos Schuldrecht, sondern mehr als Schuldrecht. Denn Sein und Sollen sind hier noch in ursprünglicher Einheit.

Aus seinem Gemeinschaftscharakter ergibt sich also die Stellung des Familienrechts im System des Rechts, ergibt sich, dass das Familienrecht seine Heimat nicht im Vermögensrecht, im echten Privatrecht oder im Schuldrecht, sondern im Personen- und Gemeinschaftsrecht hat, in dem vollkommenen Recht, welches die anderen Rechtsglieder in sich enthält. Aus dem Gemeinschaftscharakter des Familienrechts ergibt sich deshalb auch das Verhältnis des Vertrags zu ihm. Im Gemeinschaftscharakter des Familienrechts liegt schon die Antwort auf die Frage nach der Stellung des Vertrags im Familienrecht.

III. Teil. Der Vertrag im Familienrecht.

4. Kapitel. Ueberblick.

Nachdem wir aus den Begriffen des Rechts, der Familie und des Vertrags ihr Wesen und ihr Verhältnis zueinander entwickelt haben, gilt es jetzt nichts weiteres, als das Verhältnis von Vertrag und Familienrecht des Näheren zu beleuchten und zu entfalten.

Die Familie, die ihren Ursprung in der Gemein-Beschaffenheit ihrer Glieder, in der Wesens- und Blutsgemeinschaft hat, ist vollkommene Lebensgemeinschaft. Darum ist der Vertrag notwendig mit ihr gesetzt. Denn wo eine Gemeinschaft besteht, da trägt einer des anderen Last, da "vertragen" sich die Einzelnen miteinander. Aber der Vertrag, der Wille ist nicht Ursprung der Gemeinschaft. Der Vertrag ist nur die Erkenntnis und Anerkenntnis der ursprünglich bestehenden Gemeinschaft. Wollen heisst sich nur vorläufig freimachen von der Persönlichkeit, von der Ursprünglichkeit, um desto inniger zu ihr zurückzukehren und sie zu bejahen. Der Ursprung des Vertrages der Familienglieder ist die Gemeinschaft ihrer Persönlichkeiten. Sie ist das eigentliche Wesen der Familie. Darum werden wir dem Wesen der Familie nur dann voll und ganz gerecht, wenn wir sie nicht blos Vertrag, sondern Gemeinschaft nennen.

Das eigentliche Wesen des Vertrages besteht ja darin, dass mehrere sich gegenseitig "tragen", dass also ein blosses Handeln, ein blosser Willensakt die Verbindung schafft. Wohl kann der menschliche Wille nichts völlig neu aus sich heraus schöpfen, wie wir gesehen haben; er kann immer nur eine schon bestehende Möglichkeit entfalten, etwas schon Geschaffenes nachschaffen. Aber die Freiheit im Nachschaffen kann mehr oder weniger gross sein. Wo die Entfaltungsmöglichkeiten verschiedenartig sind, kommt es auf den Willen mehr an. Der echte Vertrag herrscht darum dort, wo die Vertragsmöglichkeiten manigfaltig sind und die Willensentscheidung und Willensrichtung von massgeblicher Bedeutung ist. Darum können wir den Vertrag auch als Verwirklichung der Gemeinschaft bezeichnen, bei der der Wille

eine überwiegende Bedeutung hat. Wie wir gesehen haben, ist dies besonders dort der Fall, wo nur einzelne Sachgemeinschaften begründet werden sollen, wie z.B. beim Kauf-, Miet- oder Darlehensvertrag usw. Dort ist es weniger von Bedeutung, ob die Beteiligten persönlich zusammenpassen. Dort ist weniger die Persönlichkeit der Beteiligten als vielmehr ihr Wille ausschlaggebend. Wo aber eine Gemeinschaft begründet werden soll, bei der die Persönlichkeit und das Wesen entscheidend sind - wie bei jeder innigeren persönlichen Gemeinschaft - , da tritt die Bedeutung des Willens zurück. Denn die Persönlichkeit, der Charakter und das Wesen eines Menschen können vom Willen nicht abgeändert werden; sie müssen so, wie sie sind, respektiert werden.

Darum liegt in der Begründung der Familie durch Eheschliessung kein echter Vertrag. Der Wille ist hier nicht von so ausschlaggebender Bedeutung. Denn ob Mann und Frau eine Ehe bilden können, hängt wesentlich von ihrer Art und ihrem Wesen ab. Wenn sie nicht ein aufeinander abgestimmtes Wesen haben, so ist auch beim besten Willen eine Ehegemeinschaft unmöglich.

Auch wenn die Ehe geschlossen ist, müssen die Gatten immer aufs neue um ihre Gemeinschaft ringen und sich einigen. Auch diese Einigungen, Vereinbarungen und Abmachungen während der Ehe sind keine echten Verträge. Denn auch sie sind nur möglich, wenn die Gatten mit ihrem Wesen so zusammenpassen, dass eine persönliche Gemeinschaft bestehen kann.

Schon näher dem typischen Vertrag sind die Abmachungen der Ehegatten auf vermögensrechtlichem Gebiet. Hier sind die Möglichkeiten der Einigung verschiedenartiger. Man kann eine losere oder eine festere Vermögensgemeinschaft bilden. Während die persönliche Gemeinschaft nur eine Möglichkeit kennt, nämlich die der innigsten Lebensgemeinschaft, bestimmen auf vermögensrechtlichem Gebiet bis zu einem gewissen Grad blosse Zweckmässigkeitsgründe die Regelung der Gemeinschaft. Darum redet auch unsere Sprache hier von"Ehevertrag".

Entsprechendes gilt auch für Abmachungen zwischen Eltern und Kindern, oder für Abmachungen, die die Kinder betreffen. Soweit sie die Persönlichkeit der Kinder angehen, sind es keine echten Verträge, da die Form der Gemeinschaft zwischen Eltern und Kindern durch ihr blutsverwandtschaftliches Verhältnis festgelegt ist. Vermögensrechtliche Abmachungen dagegen nähern sich auch hier den

echten Verträgen, da dem Willen keine so engen Schranken gesetzt sind.

Insbesondere die Begründung eines künstlichen Familienbandes, durch die Annahme an Kindesstatt, ist kein echter Vertrag. Denn auch die Bildung eines solchen Verhältnisses ist nicht vorwiegend vom Willen, sondern von der Wesensart der Beteiligten abhängig.

Soweit die Familie durch Zuziehung von Arbeitskräften zur Hausgemeinschaft erweitert wird, kommen die dargelegten Gesichtspunkte auch in Betracht. Man nimmt nur solche Personen in die Hausgemeinschaft auf, die zur Familie passen. Der Wille ist hier stärker beschränkt als bei den echten Verträgen.

Bei allen diesen Verhältnissen kommt immer der eine Grundgedanke zur Geltung: Die Familie trägt als Wesens- und Blutsgemeinschaft ihr unabänderliches Gesetz in sich; dem Willen sind daher im Familienrecht bestimmte Grenzen gesetzt, ein echter Vertrag ist deshalb hier nicht möglich.

5. Kapitel. Vertrag und Ehe.

I. Im alten deutschen Recht.

Wenn man die Eheschliessung des alten deutschen Rechts betrachtet, so könnte man versucht sein, anzunehmen, dass damals ein echter Vertrag die Ehe begründet hat[1]. Die Ehe des alten Rechts wurde entweder durch sogenannten "Kauf" geschlossen oder dadurch, dass der Mann sich sein Weib raubte.

---

1) Da es sich hier um die Ergebnisse allgemein bekannter Forschungen handelt, wird von einzelnen Belegen und Literaturabgaben abgesehen, soweit ihre Benennung nicht unbedingt nötig ist. Die folgenden Betrachtungen stützen sich besonders auf die Darstellungen von: Schröder-Künßberg, Lehrb.d.dt.Rechtsgeschichte z.A. S.74ff.,328ff.,803f.; H.Brunner,Dt.Rechtsgeschichte 1.Bd. S.72ff.; Amira, Grundr.d.german.Rechts,3.A. S.177ff.; ders. Nordgerman.Oblig.Recht 1.Bd. S.553 ff., 2.Bd. S.659ff.; Schreuer, Dt.Privatrecht 1921, S.379ff.; R.Hübner,Grundz.d. dt.Privatrechts, 5.A. 1930 S.624ff.; R.Sohm,Das Recht der Eheschliessung 1875.

Die"Raubehe", die wohl immer nur vereinzelt neben der "Kaufehe" vorkam, war nicht etwa eine erzwungene Gemeinschaft. Jedoch ging sie davon aus, dass zur Schliessung der Ehe die Zustimmung der Sippe der Frau unnötig war, wenn nur eine Wesensgemeinschaft mit dem begehrten Weib bestand. Die Raubehe bedeutet also nur, dass die Ehe gegen den Willen der Sippe geschlossen, nicht dass sie der Frau irgendwie aufgezwungen wurde.

Die "Kaufehe", neben der die alte Raubehe immer mehr verschwand, wurde ursprünglich durch Vertrag zwischen der Sippe des Bräutigams und der Sippe der Braut geschlossen. Der Vertrag bestand in der "Vergabung", "gift" der Braut und in der Gegengabe des "muntschatzes", des "Wittum", "meta", "mundr" an die Sippe oder den Muntwalt oder Vater der Braut.

Das Wesen dieses Vertrages kann nur aus seiner ursprünglichen Bedeutung heraus richtig verstanden werden, nämlich als Vertrag zwischen den Sippen. Die Eheschliessung war nicht Sache der Einzelnen, sondern erfolgte durch die Sippen für die Einzelnen. Was heute der Staat durch seine Gesetze überwacht, dafür sorgte damals die Sippe: für die Reinerhaltung des Blutes. Sie verhinderte, dass Artfremde sich heirateten, sie hinderte auch die Ehe zwischen Verwandten, sie sorgte überhaupt dafür, dass nur dort eine Ehe geschlossen wurde, wo die Voraussetzungen für eine wahre Gemeinschaft vorhanden waren.

Der Vertrag bestand darin, dass die eine Sippe die Braut hingab und dadurch der anderen Sippe die Möglichkeit ihrer Forterhaltung verschaffte; die andere Sippe leistete dagegen den Muntschatz, durch den sie jene Sippe für den Verlust ihres Mitgliedes entschädigte und dadurch ihr zugleich die Möglichkeit gab, mit den Mitteln des Muntschatzes für einen ihrer männlichen Mitglieder eine Frau zu "kaufen".

Ein "Kaufvertrag" im heutigen Sinn war dies jedoch nicht. Wenn wir hier von Kauf und Vertrag sprechen, so müssen wir es in einem allgemeinen Sinn verstehen, in dem Sinn, in dem vermögensrechtlicher Vertrag und personenrechtliche Gemeinschaft noch nicht unterschieden und von einander gesondert sind. Es will nicht so verstanden sein, dass die Frau gegen eine Sachleistung eingetauscht wird, wie ein Sklave um einen Preis gekauft wurde. Nach Schroeder[1] ist der Brautkauf "kein Kauf, bei

1) a.a.O. S.75 Anm.61.

dem gemarktet wurde, sondern ein Kauf nur in dem allgemeinen Sinn, wonach jede Gabe, also auch die 'Brautgabe' ihre Gegengabe verlangte". Besonders Amira vertritt diesen Standpunkt[1]. Die Vertragsehe "ist in der heidnischen Zeit stets nur ein Geschäft zwischen den Verwandten der Braut und dem Bräutigam, nämlich eine 'Vergabung'.... d.h. eine Schenkung der Braut. Der Vormund der letzteren schenkte sie dem Bräutigam zur Ehe, was keine Zustimmung der Braut, wohl aber - wie jede 'Gabe' - zu seiner Beständigkeit eine Gegengabe des Bräutigams erforderte. Diese Gegengabe liegt im mundr der skandinavischen Rechte vor, der seinem Namen nach eine Gabe ist und von den götischen Rechten auch als 'Freundesgabe' umschrieben wird. Sie liegt ferner vor in der ältesten langobardischen meta ... Wegen dieses Entgelts fiel das Heiraten unter den Begriff des 'Kaufes' im alten, nicht aber - wenn anders mit dem Worte gespielt werden soll - im modernen Sinn dieses Ausdrucks."

Die zwischen den Sippen vorgenommene Eheschliessung bestand im Austausch von Geschenken. Wo aber Geschenke ausgetauscht werden, geschieht das immer auf Grund einer Gemeinschaft. Während beim Tausch- und Kaufvertrag die gegenseitigen Leistungen die Vertragsgemeinschaft begründen, ist es beim Geschenk und Gegengeschenk gerade umgekehrt: Sie sind nicht Grundlage, sondern Folge einer Gemeinschaft; nicht die gegenseitigen Leistungen begründen die Gemeinschaft, sondern die persönliche Gemeinschaft hat die gegenseitigen Gaben zur Folge. So darf der Ehevertrag der Sippen nicht als ein nüchternes äusserliches Kaufgeschäft angesehen werden, sondern als ein Vertrag im tiefsten und edelsten Sinn dieses Wortes, durch den die Sippen nicht nur im Namen der Braut und des Bräutigams die Ehegemeinschaft schliessen, sondern auch selbst miteinander eine persönliche Gemeinschaft begründen, der sie durch ihre Gaben Ausdruck verleihen.

Im Laufe der Zeit verblasste die Bedeutung der Sippe. An die Stelle der Sippe des Bräutigams tritt dieser selbst, der

---

1) Amira, Grundr.d.germ.Rechts, S.178f.; vgl.ders. Nordgerm. Oblig.Recht 1.Bd. S.533f., 2.Bd.S.669ff.; derselben Ansicht Schreuer, a.a.O. S.379 u.Anm.2. A.A.: Hübner, a.a.O.S.630f., der in der Kaufehe ein Kaufgeschäft im modernen Sinn sieht: er muss jedoch zugeben, dass die Begründung der Ehe durch ein Kaufgeschäft "einen nüchternen, für unser Gefühl rohen Charakter" hat. Dass die Germanen in der Eheschliessung ein nüchternes Kaufgeschäft erblickten, ist nicht vereinbar mit der religiösen Form, in die sie teilweise die Eheschliessung einkleideten.

für die Braut, die er von der anderen Sippe angetraut bekommt, ein Geschenk gibt, nämlich den Muntschatz. Der Muntwalt schliesst den Vertrag nicht, um den Muntschatz zu bekommen; in diesem Falle wäre ihm die Persönlichkeit des Bräutigams gleichgültig und es käme ihm nur darauf an, ob dieser den Muntschatz zahlen kann. Vielmehr ist für ihn gerade die Person des Bräutigams von Bedeutung, da er ein Mitglied seiner Familie nur einem Manne anvertraut, der zuverlässig und vertrauenswürdig ist. Das Wittum ist nicht der Preis, den der Bräutigam für die Braut gleichsam wie für eine Ware bezahlt, sondern der Ausdruck seiner Erkenntlichkeit und Dankbarkeit für die Erhörung seiner Werbung. Der Vertrag des Bräutigams mit dem Muntwalt ist demnach auch kein äusserlicher Vertrag im modernen Sinn, sondern begründet die eheliche Gemeinschaft zwischen dem Schützling des Muntwalts und dem Bräutigam, und begründet auch ein Gemeinschaftsverhältnis zwischen dem Muntwalt selbst und dem Bräutigam.

Je mehr nun die Geschlechtsvormundschaft schwindet und je selbständiger die Stellung der Frau wird, desto mehr wandelt sich der Ehevertrag in einen Vertrag zwischen Bräutigam und Braut selbst. Die Sippe tritt nicht mehr für die Braut auf, es ist nur noch die Zustimmung des Muntwalts notwendig. Die Eheschliessung liegt in der Hand der Braut selbst und nimmt allmählich den Charakter der heutigen Eheschliessung an, den Charakter einer Gemeinschaft, die von den Brautleuten persönlich begründet wird.

Auch das Wittum der Braut wird allmählich nicht mehr an den Vormund, sondern unmittelbar an die Braut bezahlt. Es ist auch hier nicht der Preis dafür, dass der Mann den Willen der Braut bekommt, sondern nur der Ausdruck der Erkenntlichkeit des Mannes gegenüber der Braut, die ihn erhört hat.

Wohl liegt die Gefahr nahe, dass man im alten Brautkauf ein Vermögensgeschäft sieht, da es ja der alten Zeit nicht fremd war, Menschen wie Sachen zu kaufen und zu verkaufen. Aber aus der ganzen Entwicklung ergibt sich, dass dieser Vertrag noch ein Vertrag in dem alten ursprünglichen Sinn war, in dem Vertrag und Gemeinschaft dasselbe bedeuteten.

II. Vertrag und Ehe im Zeitalter des Naturrechts und des Liberalismus.

1. Seit dem 12.Jahrhundert wurde das weltliche Eherecht durch das kirchliche verdrängt. Der Priester übernahm allmählich die Trauung, d.h. die Uebergabe der Braut an den Bräutigam, die bisher Aufgabe des weltlichen (geborenen oder gekorenen) Vormunds war. Langsam wurde auch diese Eheschliessungsform, die noch dem weltlichen Recht angehörte, durch die kirchliche ersetzt. Während in der germanischen Zeit der Eheschliessungsakt einheitlich gewesen war, war er in der fränkischen Zeit in zwei Akte zerfallen, nämlich die Verlobung, das Verpflichtungsgeschäft zwischen Bräutigam und Sippe der Braut, und die Trauung, die Uebergabe der Braut an den Bräutigam. An deren Stelle trat nun das kirchliche (kanonische) Eherecht, welches das römische Eherecht übernommen hatte. Dieses verlangte keine besondere Form mehr, sondern nur die Willensübereinstimmung der Brautleute: "nudus consensus facit nuptias".

Nach dieser aus dem römischen Recht übernommenen Auffassung war die Eheschliessung ein Vertrag zwischen den Brautleuten. Aber auch im römischen Recht hatte man ein Gefühl dafür, dass es sich nicht um denselben Vertrag handelte, wie beim Kaufvertrag u.a. Man nannte die Eheschliessung nicht contractus, wie der volksrechtlich wirksame Schuld- und Haftungsvertrag hiess, sondern die Ehe wurde definiert als "coniunctio" maris et feminae, "consortium" omnis vitae, divini et humani iuris "communicatio", (D. 23, 2, 1), also Verbindung, Vereinigung, Zusammenschluss, nicht Vertrag.

Das protestantische Eherecht liess auch die Eheschliessung durch Willenserklärung der Brautleute entstehen. Aber die Vollendung der Ehe wurde erst in der tatsächlichen ehelichen Gemeinschaft erblickt, die der Geistliche durch die Trauung, die Uebergabe der Braut an den Bräutigam, herbeiführen sollte. Seit dem 18.Jahrhundert versagte man sogar der Consenserklärung die ehebegründende Kraft. Die Eheschliessung bestand nur noch in der vom Geistlichen vorgenommenen Trauung. Nicht mehr die Willenserklärung der Eheleute begründete die Ehe, sondern der Ausspruch des Geistlichen. Hierin kam etwas davon zum Ausdruck, dass die Ehe nicht ein nur von dem Willen der Brautleute abhän-

giger Vertrag, sondern dass sie die Verwirklichung einer schon in ihrem Wesen liegenden, von Gott geschaffenen Gemeinsamkeit ist.

2. Die naturrechtlichen Anschauungen brachten eine Abkehr von dem mittelalterlich-kirchlichen Standpunkt. Die Sakramentsnatur, die die katholische Kirche der Ehe beilegte, wird verworfen. Die Ehe wird als rein weltlicher Vertrag, contractus civilis angesehen. Sie soll nicht mehr dem geistlichen Recht und der geistlichen Gerichtbarkeit unterworfen sein. Das Wesen der Ehe wird wie das Wesen des Staates aus der"Vernunft" erklärt[1]. Die zunächst für den Staat aufgestellte Theorie des Gesellschaftsvertrages wird allmählich auch auf alle anderen menschlichen Verbände, selbst auf die Familie und die Ehe angewandt.[2]

Die Staatstheorie des Naturrechts geht von dem Grundsatz aus, dass die Menschen im Naturzustand frei und gleich waren. Die Unabhängigkeit der Menschen, nicht die Gemeinschaft ist nach dem Naturrecht der ursprüngliche Zustand. Das Individuum hat den Vorrang vor der Gemeinschaft. Besonders Rousseau sieht in der Gemeinschaft einen naturwidrigen Zustand. Fichte geht von dem sich seiner selbst bewusst werdenden Ich aus, das andere vernünftige Wesen ausser sich erkennt und darum seine Freiheit durch den Begriff der Freiheit der Uebrigen einschränken muss. Auch für Kant hat der Einzelne den Vorrang vor der Gemeinschaft. Nach ihm bildet sich das Recht durch Vertrag der Einzelnen: "Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann".[3]

Für die Naturrechtslehrer musste sich aus dem Vorrang des Individuums vor der Gemeinschaft mit Notwendigkeit ergeben, dass die Gemeinschaft nicht anders entstehen konnte, als durch

---

1) vgl. Jos. Sauter, Die philosoph.Grundlagen des Naturrechts, besonders S.138f., 192f., 204ff.; Otto v.Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4.Bd., Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit, 1913, besonders S.378ff.; ferner die schöne Rektoratsrede O.v.Gierkes, Naturrecht und deutsches Recht, 1883, bes. S.27ff.

2) Gierke, Genossenschaftsrecht, 4.Bd.S.402.

3) Kant, Sämtliche Werke, Hrsg.v.Hartenstein, 7.Bd. S.27.

die freie Willenseinigung der Einzelnen. Denn die Macht des Einzelnen konnte, wenn er ursprünglich frei und gleich war, nur durch ihn selbst aufgehoben oder eingeschränkt werden. Jede gesellschaftliche Verbundenheit wurde deshalb durch einen Vertrag der Einzelnen begründet und zwar nicht nur der Staatsverband, sondern auch jeder andere menschliche Verband. Darum ist auch die Ehe ein echter Vertrag, eine societas voluntaria[1]. Nur die Familie wird auch von den Naturrechtslehrern für eine ursprüngliche, natürliche Gemeinschaft gehalten. Jedoch erklärt Rousseau, dass auch die Familie von der Volljährigkeit der Kinder ab nur durch Vertrag aufrecht erhalten wird[2]. Wie jeder andere Vertrag kann auch die Ehe nach der Auffassung der meisten Naturrechtslehrer auf blosses beiderseitiges Einverständnis hin geschieden werden.

Diese Gedanken haben in der Aufklärungszeit nirgends ihre vollkommene Verwirklichung gefunden. Erst das sowietrussische Eherecht hat sie bis ins Extrem durchgeführt. Jedoch finden sie in den Gesetzgebungswerken der Naturrechtszeit wenigstens zum Teil ihren Niederschlag.

3. Die Bestimmung, die das Eherecht des allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten einleitet (ALR. II, 1 § 1), atmet ganz den Geist des Naturrechts. Sie spricht vom "Hauptzweck" der Ehe, der in der Erzeugung und Erziehung der Kinder bestehe[3]. Einen "Zweck" verfolgt man wohl mit einem Vertrag, nicht

---

1) Gierke, a.a.O. S.402 u. die dort aufgef. J.G.Daries, Inst. jurispr. univers., VII, 1776 § 549; D.Nettelblatt, Syst. elem.univ.jurispr.nat.,1785,§ 333; W.Humboldt, Ideen zu einem Versuch,die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, 1792, S.102; Hoffbauer, Naturrecht a.d.Begriff des Rechts entwickelt, 1803, S.209ff. Kant hält die Ehe auch für einen Vertrag; es sei "der Ehevertrag kein beliebiger, sondern durch das Gesetz der Menschheit notwendiger Vertrag", Metaphysik der Sitten,I.Teil,S.76f.

2) vgl. Gierke, a.a.O. S.402, Anm.91 u.92.

3) Das ALR. folgt dabei der herrschenden Begriffsbestimmung der Naturrechtslehre, z.B. Christ.Wolf, Institt.jur.nat.et gent. 1763, § 856, und die Lehrbücher des gemeinen Rechts, Hellfeld, juris.for. §1205: "matrimonium est societas liberorum procreandorum et educandorum causa rite et legitime inita".

aber mit einer Gemeinschaft. Diese hat einen "Sinn", aber keinen "Zweck" [1]. Dementsprechend nennt auch der Hauptdarsteller des Preussischen Zivilrechts, W. Bornemann[2] die Ehe einen Vertrag. Wohl unterscheidet er eine Betrachtung der Ehe nach ihrer nur äusserlichen Erscheinung und ihrem inneren Wesen; nach ihrem eigentlichen inneren Wesen sei die Ehe die durch eine natürliche Geschlechtsgemeinschaft begründete innigste und teuerste Lebensgemeinschaft von zwei Personen verschiedenen Geschlechts. Aber "jener äusseren lediglich juristischen Erscheinung nach stellt sich die Ehe als ein obligatorisches Verhältnis dar, dessen Anfang, Dauer und Wirkung das Produkt eines Vertrages ist."

Die Besonderheit dieses "Vertrages" zeigt sich jedoch schon in den ALR. II, 1 §§ 3ff., wo die Voraussetzungen einer gültigen Ehe aufgestellt werden. Darnach ist dieser Vertrag verboten zwischen Verwandten, Adoptiveltern und -kindern, zwischen Vormund und Pflegebefohlenen, zwischen Personen, die Ehebruch miteinander getrieben haben, mit mehreren Personen und bei zu jugendlichem Alter. Die einzige Bestimmung, die mit dem sonstigen Vertragsrecht übereinstimmt, ist § 38, wonach ohne freie Einwilligung beider Teile die Ehe nicht verbindlich ist. Es ist daraus zu ersehen, dass auch im ALR. das tatsächliche Recht der Ehe nicht dem Recht der Verträge unterworfen war, sondern seine besondere Regelung erfuhr.

Auch das Verlöbnis, das ausdrücklich in § 75 als Vertrag bezeichnet wird, untersteht diesen besonderen Voraussetzungen der Ehe (§ 76).

Ebenso zeigt die Form der Eheschliessung eine Abweichung vom sonstigen Vertragsrecht. Nach § 136 wird sie gemäss dem protestantischen Eherecht durch priesterliche Trauung vollzogen.

Die Wirkungen der Ehe, die in den §§ 173ff. festgesetzt sind, gehen auch weit über das hinaus, was gewöhnliche Verträge bestimmen können. Durch die Eheschliessung binden

---

1) Der Kommentar zum ALR., hrsg.v.Koch, 5.A. 1875, Vorbem.v. II, 1, § 1 wirft auch dem Landrecht den Fehler vor, es neige zu der Behandlung der Ehe als eines rein zivilrechtl. Vertrages.

2) W.Bornemann, Systematische Darstellung des Preuss.Zivilrechts, 2.A. 1845, 5.Bd. S.12.

sich die Eheleute für ihre ganze Person und ihr ganzes Leben aneinander, sie sind "schuldig, sich in allen Vorfallenheiten nach ihren Kräften wechselseitigen Beistand zu leisten" (§ 174), "sie müssen vereinigt miteinander leben und dürfen ihre Verbindung eigenmächtig nicht aufheben " (§ 175). Der Ehemann ist das Haupt der ehelichen Gesellschaft, sein Entschluss gibt in gemeinschaftlichen Angelegenheiten den Ausschlag(§ 184).

Die Rechtswirkung der Ehe des ALR. ist also vollendete Lebensgemeinschaft. Wir finden bei ihr die Hauptmerkmale jeder Gemeinschaft: restlose persönliche Verbundenheit der Glieder, gegenseitige Beistandspflicht, und die Entscheidungsmacht eines Gliedes, das den Willen der Gemeinschaft verkörpert.

Auch in vermögensrechtlicher Hinsicht lässt das ALR. aus der Ehe eine Gemeinschaft folgen. Kraft Gesetzes geht das Vermögen der Frau in die Verwaltung des Mannes über (§ 205), wenn nicht sogar eine völlige Gütergemeinschaft durch Provinzialgesetze, Statuten oder Vertrag eingeführt wird (§§ 345ff.).

Nur bei der Ehescheidung finden wir, wenn auch in geringem Masse, einen Einfluss der naturrechtlichen Anschauung. Das ALR. lässt eine Scheidung der Ehe nicht nur bei schweren Eheverfehlungen, sondern schon bei heftigem und tief eingewurzeltem Widerwillen zu (§ 718a) und gestattet die Trennung der kinderlosen Ehe sogar auf Grund gegenseitiger Einwilligung.

Die Theorie des Naturrechts hat sich demnach im ALR. nicht beherrschend durchgesetzt. Die Praxis des Gesetzes war hier besser als seine Theorie. In der Praxis des Gesetzes hat sich die wahre Vernunft durchgesetzt, die Vernunft, die vom Naturrechtszeitalter nicht völlig erkannt wurde.

4. In Frankreich[1)] wurde das Eherecht schon durch die Verfassung von 1791, die die Ehe einen contrat civil nannte, für weltlich erklärt. 1792 wurdendie staatlichen Zivilstandsregister und die obligatorische Zivilehe, sowie als grundlegende Neuerung die Ehescheidung eingeführt. Die Scheidung erfolgt durch gegenseitige Einwilligung.

---

1) vgl. die Zivilgesetze der Gegenwart, begr.von Carl Heinsheimer, Bd. Frankreich, Code Civil, 1932, Einleitung S.VI; Zachariä v.Lingenthal, Handb.d.franz.Zivilrechts, z.A. S.7.

Der Code Civil übernahm aus der französischen Revolution vor allem die Verweltlichung der Ehe und die Möglichkeit der Ehescheidung. Aber sonst zog er keine Folgerungen aus der naturrechtlichen Theorie. Er stützte sich besonders auf das römische Recht und das droit contumier. In Anlehnung an dieses altfranzösische Gewohnheitsrecht unterstellte er die Ehefrau der ehemännlichen Gewalt (a. 212), setzte die eheliche Gütergemeinschaft als gesetzlichen Güterstand fest (a.1399); überhaupt stellte er die Familie und ihre Rechte in den Vordergrund. Jedoch damit, dass der C.C. die Ehescheidung auf gegenseitiges Einverständnis hin zuliess, ist er unter allen zeitgenössischen Gesetzgebungswerken am weitesten gegangen. Darin zeigt er deutlich, dass er in der Ehe nicht eine Gemeinschaft sah und dass ihm der Sinn für die wahre Gemeinschaft verloren gegangen war.

5. Auch der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis zeigt Spuren der naturrechtlichen Anschauungen seiner Zeit. Jedoch zieht er aus der Auffassung, dass die Ehe ein Vertrag sei, nicht die praktischen Folgerungen. So bemerkt Kreittmayer[1], die Ehe habe wohl "naturam pacti vel contractus". Doch die Bedingungen würden nicht lediglich in der Paciscenten Willkür liegen, sondern sie müssten den Vorschriften des Gesetzes und der göttlichen Absicht gemäss sein. Daher könne die Ehe nicht befristet - für einen fest bestimmten Zeitraum - abgeschlossen werden. Die Ehegatten hätten das Recht und die Pflicht zur Liebe und Treue und gegenseitigem Beistand. Bei den Katholiken versagte der Codex die Scheidung, bei Protestanten liess er sie nur wegen Ehebruchs oder Leibes- und Seelengefahr zu.

6. Am offenkundigsten ist der Einfluss des Naturrechts im ABGB. für Oesterreich. Seine Verfasser, Martini u.Zeiller waren Anhänger des Naturrechts. Zeillers Rechtsauffassung ist stark von Kant beeinflusst[2]. Die Begriffsbestimmung, die er vom Recht gibt, klingt ganz an die von Kant an: Das Recht ist "die Einschränkung der Freiheit eines jeden Einzelnen auf die Bedingung, dass die freie Wirksamkeit aller übrigen damit verein-

---

1) Kreittmayer, Anmerkungen über den Codicem Maximil.Bavar.Civ., 1.Tl. 1759, S.208.
2) vgl. Swoboda, Das Allg.Bürgerl.Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants, 1926.

bar ist"[1]. Sein naturrechtliches Glaubensbekenntnis legt Zeiller in folgenden Worten nieder:"Das Recht ist kein Machwerk der Menschen und die Machthaber sind keine Rechtschöpfer, keine Rechtgeber. Alles Recht gibt ursprünglich die Vernunft. Der Gesetzgeber ist das Organ, der anwendende Erklärer der rechtlichen Vernunft"[2]. Trotzdem ist die rechtliche Vernunft in dem von Zeiller verstandenen Sinn nicht die Schöpferin des Eherechts des ABGB. geworden. Die naturrechtlichen Ideen, die sonst im ABGB. wirksam waren[3], haben das Eherecht nur wenig beeinflusst[4].

Zwar spricht das Gesetz in § 44 ausdrücklich vom"Ehevertrag", in dem zwei Personen verschiedenen Geschlechts gesetzmässig ihren Willen erklären, "in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen und sich gegenseitigen Beistand zu leisten". In seinem Kommentar zum ABGB.[5] erläutert Zeiller dies dahin, dass die Ehe ein Vertrag sei und sich von den anderen Verträgen nur durch ihre besonderen Zwecke unterscheide.

Sonst hat aber das Naturrecht nur einige Neuerungen im Eherecht gebracht. So hat das ABGB., während im Codex Theresianus die Ehe noch der kirchlichen Gerichtsbarkeit unterworfen blieb[6], nach dem Vorbild des Ehepatents Josefs II. vom 16.1.1783 den weltlichen Vertrag vom Sakrament losgelöst und die Ehe der weltlichen Gerichtbarkeit zugewiesen. Wenn auch die Eheschliessung selbst noch in die Hand des Geistlichen gelegt ist, so handelt dieser doch nur im Auftrag des Staates (§§ 74, 79). Ebenso wird über die Ungültigkeit, die Scheidung und Trennung der Ehe vor den weltlichen Gerichten entschieden (§§ 97, 103, 110, 112, 134)[7]. Mann und Frau werden als gleichberechtigte Vertragspartner behandelt. Die minderjährigen Eheschliessenden sind nicht unbedingt gebunden an die väterliche Einwilligung; sie können nach § 52 immer die Hilfe des Gerichts nachsuchen, während das

---

1) vgl. Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB. 1911,2.Tl., S.Dniestrzanski, Die natürl.Rechtsgrundsätze,S.4.
2) Vortrag vom 21.12.1801, vgl.M.Wellspacher,Festschrift,1.Tl. S.182.
3) vgl.bes.§§ 7, 16 ABGB.
4) Klein,Festschrift 1.Tl.S.14.
5) Komm.über d.ABGB.1.Bd.,1811,Anm.1 zu § 44.
6) H.v.Voltelini, Festschrift 1.Tl. S.64.
7) vgl. J.Ofner, Festschrift 1.Tl. S.455f.

ALR (II,1 §§ 45,46) die Einwilligung des Vaters unbedingt verlangte. Auch die Wiederverheiratung der Eltern ist nicht beschränkt wie im ALR. (II, 1 § 18). Endlich gilt nach ABGB (§ 1237) für die Güterbeziehungen der Ehegatten der Güterstand der Gütertrennung. Gemildert wird der Grundsatz der Gütertrennung nur durch die Vermutung, dass die Frau dem Mann die Verwaltung ihres Vermögens anvertraut hat (§ 1238). Die freiere Auffassung des ABGB zeigt sich auch darin, dass es "Ehe-Pacte" über das Vermögen der Gatten für zulässig erklärte (§ 1217) und die Praxis den Abschluss dieser Verträge auch während der Ehe gestattete, während der C.C. (a.1387) sie nach der Trauung nicht mehr zulässt, ebenso das ALR. (II, 1 § 354), soweit Provinzialgesetze oder Statuten nichts anderes bestimmen[1].

Diese Rechtssätze entspringen wohl dem naturrechtlichen Denken. Aber der Gedanke, dass der Mensch an sich frei ist und sich nach Zeiller nur "die Beschränkung seiner Willkür in dem Masse gefallen lassen (muss), dass alle neben ihm als vernünftige und freihandelnde Wesen bestehen können"[2], dieser Gedanke wurde im Gesetzbuch nicht durchgeführt. Denn hier stand das "Vernunftrecht" im offenen Gegensatz zum Rechtsgefühl. Die eheliche Gemeinschaft verlangt vom einzelnen Gatten eine Beschränkung seiner Willkür nicht bloss in dem Masse, dass der andere neben ihm "als frei handelndes Wesen" bestehen kann, sondern sie fordert Treue (§ 90 ABGB.) und völlige Hingabe. Die "Natur" des Eherechts ist eben nicht völlig begriffen, wenn man es als Vertragsrecht "vernimmt" und auffasst.

Es ist darum nicht bloss die Macht der katholischen Kirche, die die Gesetzgeber des ABGB gezwungen hat, dem bisherigen geistlichen Eherecht weite Zugeständnisse zu machen, sondern es ist die wahre "Vernunft" des Eherechts, die ihnen gebot, es nicht als reines Vertragsrecht auszugestalten, und sie dazu nötigte, in weitem Mass von dem abzuweichen, was sie als das "vernünftige" Eherecht ansahen.

Ihre Vernunft täuschte sich eben, wenn sie von der Gleichheit und völligen Unabhängigkeit der Menschen ausging.

---

1) vgl. Hedemann, Fortschritte des Zivilrechts im 19.Jahrh.
2) S.Dniestrzanski, Festschrift 2.Tl.S.4; vgl. Klemm, Festschrift 1.Tl. S.9.

Diese Voraussetzungen der Naturrechtslehre waren falsch. Die Menschen sind ungleich und können daher nicht alle miteinander eine Gemeinschaft eingehen. Eine Gemeinschaft ist nur möglich zwischen denen, deren Wesen füreinander geschaffen ist. Eine Gemeinschaft ist dort nicht möglich, wo die Menschen von verschiedener Art und Rasse sind, wo sie "ungleich" sind.

Darum war es nicht ein blosser Zufall, dass die Verfasser das AGBG nicht ihrer "Vernunft", sondern dem geschichtlich gewordenen Recht folgen mussten, und dass sie deshalb die im bisherigen Recht anerkannten Ehehindernisse auch in das AGBG aufnehmen mussten (§§ 47ff.).

Auch die Voraussetzung, dass der Mensch an sich frei und unabhängig ist und sich nur soweit, als gerade unbedingt nötig, beschränken muss, war falsch. Der Mensch ist, wie wir gesehen haben, in ursprünglicher Gemeinschaft mit seinen Mitmenschen und darum an sie gebunden. Er muss sich auch an seinen Gatten binden, da die eheliche Gemeinschaft durch die menschliche Natur geboten wird. Darum mussten die Verfasser des AGBG. die gegenseitige Gebundenheit und Verbundenheit der Ehegatten anerkennen, ihre gegenseitige Treuepflicht (§ 90) und die Gehorsamspflicht der Ehefrau (§ 92) gegenüber dem Ehemann als dem natürlichen Führer und Haupt der Gemeinschaft (§ 91), auch wenn sich dieser aus ihrer naturrechtlichen Anschauung von der Ehe nicht ergab.

Ebenso mussten die Verfasser des ABGB in der Frage der Lösbarkeit der Ehe vom Allgemeinen Vertragsrecht abweichen. Hier ist es aber mehr die Macht der katholischen Eheauffassung, der sie nachgeben mussten. Denn die völlige Unscheidbarkeit der Ehe, wie sie das ABGB für die Ehe von Katholiken festsetzt (§ 111)[1], entspricht nicht dem wahren Wesen und Recht der Ehe. Jedoch entspricht diesem ebensowenig die freie Auflösbarkeit durch Vertrag, die die Folge des naturrechtlichen Ehebegriffs war.

Das Verhältnis von Eltern und Kindern ist im ABGB als Gemeinschaftsverhältnis ausgestaltet.Wie wir oben festgestellt haben, sahen auch die Naturrechtsanhänger in der Familie nicht einen künstlichen Vertrag, sondern eine natürliche Gemeinschaft.

---

1) Die Ehe von Nichtkatholiken kann bei wichtigem Grunde geschieden werden (§ 115).

Dementsprechend hat das ABGB den Eltern die Pflicht zur Fürsorge und Erziehung der Kinder und andererseits den Kindern die Pflicht zum Gehorsam gegenüber den Eltern auferlegt (§§ 135, 144). Daraus dass die Eltern, die Adoptiveltern und der Vormund vom ABGB unter die Aufsicht des Gerichts gestellt wurden (§§ 148, 149, 152, 52, 178, 181 u.190), können wir nicht das Fehlen jeglicher Ueber- und Unterordnung in der Familie folgern, wie es Ofner tut[1]. Die Aufsicht des Gerichts hat ja den Zweck, die Erfüllung der Pflichten zu gewährleisten, nicht die Pflichten zu beseitigen.

7. Die naturrechtliche Auffassung von der Freiheit und Gleichheit des Menschen hat sich im Liberalismus und Marxismus des 19. und 20.Jahrhunderts weiter entwickelt. Die Anschauung, dass die menschlichen Gemeinschaften nur durch die Willkür der Menschen, also durch Vertrag gebildet werden, wurde für die eheliche Gemeinschaft im sowjetrussischen Eherecht[2] bis zur letzten Konsequenz durchgeführt.

Ein Dekret vom 20.12.1917 schaffte die konfessionelle Ehe ab. Ferner bestimmte ein Dekret vom 18.12.1917, dass die Ehe sowohl auf Wunsch beider Ehegatten als auch nur eines von ihnen aufgelöst werde. Das Familiengesetz von 1918 wurde für die russische FSSR durch ein Familiengesetzbuch vom 19.11.1926 abgelöst. In den anderen Sowjet-Bundesstaaten wurden ähnliche Gesetze erlassen. Darnach gibt es eine registrierte Ehe und eine nicht registrierte, nur tatsächliche Ehe. Diese nicht registrierte, nur tatsächliche Ehe, liegt vor, wenn sich Mann und Frau als Ehegatten anerkennen und das Gericht eheliche Beziehungen feststellt. Dabei kann das Gericht die ehelichen Beziehungen aus der Tatsache des gemeinschaftlichen Zusammenlebens, aus gemeinschaftlicher Wirtschaft und aus der Bekundung ehelicher Beziehungen gegenüber Dritten schliessen. Irgendwelche Ehehindernisse wurden durch das Gesetz nicht aufgestellt. Jeder Mann kann mit jeder beliebigen Frau eine Ehe eingehen. Die Ehe kann beliebig auf Antrag eines oder beider Ehegatten gelöst werden. Nach dem FG von 1918 erfolgte die Ehescheidung nur unter Mitwirkungdes Staates, d.h. durch Registrierung oder gerichtliches

---

1) Ofner, Festschrift 2.Tl. S.466.
2) vgl. J. Magidson, Das sowjetrussische Eherecht, 1931, H.62 der Lpz.rechtswissenschaftlicher Studien.

Urteil. Nach dem FGB von 1926 ist nicht einmal diese Mitwirkung des Staates mehr nötig. Die Ehe kann durch tatsächliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft aufgelöst werden, wenn der Wille auf Trennung dem Bande nach gerichtet ist. Die staatliche Mitwirkung durch Registrierung oder gerichtliche Feststellung bleibt aber daneben möglich.

Die Ehe wird also im sowjetrussischen Recht wie ein gewöhnlicher Vertrag behandelt: sowohl das Zustandekommen der Ehe wie die Auflösung hängen völlig von der Willkür der Ehegatten ab. Diese Auffassung entspricht nicht dem wahren Wesen und Recht der Ehe. Das muss die sowjetrussische Praxis schon heute einräumen. Während die sowjetrussische Theorie im Eherecht immer noch der Willkür freien Raum gibt, geht die Praxis neuestens dahin, die registrierte Ehe zu begünstigen und die Ehescheidungen einzudämmen.

8. Die romanistische Rechtslehre des 19.Jahrhunderts hielt sich eng an die spätklassische Begriffsbestimmung des römischen Rechts[1] und bezeichnet die Ehe als die "Verbindung von Mann und Weib zu ungeteilter Lebensgemeinschaft"[2] oder "die rechtlich anerkannte vollkommene Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau"[3]. Indem sie es vermied, hier von einem Vertragsverhältnis zu reden, trug sie der wahren Eigenart der Ehe Rechnung. Jedoch brachte auch sie es nicht fertig, einen klaren Begriff der Ehe zu finden und sie ausdrücklich als Rechtsgemeinschaft zu kennzeichnen.

9. Zusammenfassend ist zu sagen, dass die liberalistischen Bestrebungen des 18. und 19.Jahrh., die alle Gemeinschaften, auch die Ehegemeinschaft als Verträge zu deuten versuchten, von einem falschen Begriff der Freiheit ausgingen. Sie haben den Begriff der Freiheit missverstanden. Sie sahen in ihr völlige Schrankenlosigkeit. Dies ist aber die Freiheit nicht, wie wir gesehen haben. Die Freiheit kehrt notwendig zur Gebundenheit zurück. Darum ist die Begründung einer Gemeinschaft nicht freier Vertrag, sondern nur Anerkennung und Verwirklichung einer im Wesen liegenden Gemeinschaft.

---

1) vgl.oben S.25.
2) Windscheid, Lehrb.d.Pandektenrechts, 3.Bd. 8.A. S.1.
3) Dernburg, Pandektenrecht, 5.A. 3.Bd. S.7.

III. Vertrag und Ehe im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

1. Der Begriff der Ehe.

Das BGB. selbst hat keine Begriffsbestimmung von der Ehe gegeben. Es hat auch nirgends die allgemeinen Vorschriften der Verträge oder anderer Rechtsgebilde für anwendbar erklärt, so dass daraus seine Auffassung vom Wesen der Ehe entnommen werden könnte. Den Begriff, den es von der Ehe hat, können wir nur aus der Art und Weise erschliessen, in der es die Voraussetzungen und Wirkungen der Ehe gestaltet hat.

Auch das Schrifttum zum BGB. legt sich in der Begriffsbestimmung der Ehe grösste Zurückhaltung auf. Nur der Kommentar von Staudinger - Engelmann (Keidel)[1] spricht offen aus, dass er in der vom BGB. normierten Ehe ein Vertragsverhältnis sieht. Deshalb unterstellt er die Eheschliessung den allgemeinen Vorschriften über Verträge (§§ 145ff.BGB), soweit nicht abweichende Bestimmungen vorhanden sind. Die anderen Kommentare und Darstellungen des Eherechts erblicken zumeist in der Ehe die "vollkommene Lebensgemeinschaft zwischen 2 Personen verschiedenen Geschlechts"[2]. Sie wollen aber damit nur das Wesen der Ehe, nicht ihre Rechtsform kennzeichnen. Sie sehen die Hauptbedeutung der Ehe auf dem sittlichen Gebiet liegen?[3] Die Rechtsregeln sind ihnen nur die äusserlichen Folgerungen der sittlichen Gebote.

---

1) 9.Aufl. S.5. Die Eheschliessung ist nach Staudinger ein Vertrag; demgemäss muss er die Ehe, die er als das durch die Eheschliessung begründete Rechtsverhältnis zwischen 2 Personen verschiedenen Geschlechts definiert, als Vertragsverhältnis ansehen.

2) Planck-Unzner, Komm.z.B.G.B., 4.A., 4.Bd. S.5: "Die auf Geschlechtsgemeinschaft beruhende Vereinigung von Mann und Weib zur innigsten und vollständigen Gemeinschaft aller Verhältnisse des Lebens." Aehnlich Enneccerus-Kipp-Wolff, 7.B. S.7. RGR.Komm. gibt überhaupt keine Definition.

3) Planck-Unzner 4.Bd. S.5, Anm.1; Staudinger-Engelmann 9.A. S.5 Anm.2; Motive Bd.4 S.104. Ebenso schon die Pandektenrechtslehrer; vgl. Dernburg, Pandektenrecht 3.Bd. S.7 Anm.2, der gegen diese schon von Savigny vertretene Anschauung zusammen mit Brinz Stellung nimmt.

Auch das RG geht vom "sittlichen Wesen" der Ehe als der "Grundlage" des Eherechts aus[1]. Die an sich sittlichen Pflichten werden durch das Gesetz zu Rechtspflichten erhoben. In der Entscheidung RG Bd.71,S.86 spricht es diese Gedanken am deutlichsten aus: Das eheliche Verhältnis habe vorwiegend sittlichen Charakter, die Ehe sei die vollkommene Lebensgemeinschaft der Ehegatten. Aus diesem ihrem Wesen entspringen die Pflichten zum Zusammenleben, zur gegenseitigen Unterstützung, vornehmlich auch die Pflicht zur ehelichen Treue. Das n a t ü r l i c h e und s i t t l i c h e Band der Ehe sei die Grundlage der Familie, diese die Grundlage der Gesellschaft und des Staates als der geordneten Gesellschaft.[2] In einer früheren Entscheidung[3] stellt das RG die Pflichten, die aus der Ehe entspringen, in Gegensatz zu den Verpflichtungen aus einem Schuldverhältnis, in dem es ausführt: "Wäre diese Verpflichtung (s.c. zur ehelichen Gemeinschaft, zur gegenseitigen Treue usw.) in einem Schuldverhältnis begründet, so würde Treu und Glauben auch erfordern ...". Daraus geht hervor, dass es die sittlichen Pflichten aus der Ehe von schuldrechtlichen Verpflichtungen unterscheidet, dass es aber auch gerade infolge dieser Unterscheidung etwas Gemeinsames in ihnen sieht.

Wir ersehen daraus, dass das RG. sich über die Rechtsnatur der Ehe nicht ganz im klaren ist. Wohl stellt es fest, dass die Ehe kein Schuldverhältnis oder Vertragsverhältnis ist. Aber andererseits sieht es in der Ehe nur ein "vorwiegend sittliches Verhältnis". Als wirkliches Rechtsverhältnis begreift es die Ehe nicht.

Das RG meint etwas Richtiges, wenn es das sittliche Wesen der Ehe betont. Es will damit ausdrücken, dass das Verhältnis der Ehegatten zueinander ein innerliches, seelisches, persönliches Verhältnis ist, im Unterschied zum Schuldverhältnis und Vertragsverhältnis, das nur mehr äusserliche, wirtschaftliche sachliche Beziehungen schafft.

Wenn das RG. aber das sittliche Verhältnis der Ehegatten dem schuld r e c h t l i c h e n Verhältnis gegenüberstellt,

---

1) RG Bd.87,S.56.
2) Aehnlich auch RG Warn. Rspr. 1920 Nr.79
3) RG Bd.59 S.258.

so geht es von einem Gegensatz zwischen Recht und Sittlichkeit aus und weist dem Bereich des Rechts nur die äusseren, sachlichen Beziehungen, dem Bereich der Sittlichkeit nur die inneren, persönlichen Beziehungen zu.

Wohl besteht ein Unterschied zwischen Recht und Sittlichkeit. Aber mit dem Unterschied besteht auch eine Gemeinschaft zwischen ihnen, da sie sonst nicht unterschieden werden könnten. Recht und Sittlichkeit sind auch eine Einheit und beide umfassen die ganze Welt des Menschen. Das Recht umfasst sowohl das äussere wie das innere Leben des Menschen. "Die Welt des Rechts ist die Welt im Recht"[1]. Nur d a s Recht ist das vollkommene und wahre Recht, das den ganzen Menschen betrifft, das nicht nur seine äussere Habe, sondern seine ganze Person beherrscht. Recht ist das rechte menschliche Verhalten, ob dies sein persönliches Verhältnis oder nur sein sachliches, wirtschaftliches Verhältnis zu den anderen Menschen ist. Das Recht ergreift sowohl das persönliche Verhältnis der Ehegatten, wie auch das sachliche Verhältnis der Vertragsgenossen, das Schuldverhältnis oder das vermögensrechtliche Verhältnis.

Umgekehrt umfasst auch die Sittlichkeit nicht nur die persönlichen Beziehungen der Ehegatten, sondern auch die vermögensrechtlichen Beziehungen der Vertragsgenossen. Auch im Schuldverhältnis herrscht "Treu und Glauben", auch im Wirtschaftsverkehr herrscht die Sittlichkeit (§§ 138, 157, 242 BGB).

Deshalb ist es unrichtig, die Ehe als sittliches Verhältnis dem Schuldverhältnis als einem Rechtsverhältnis gegenüberzustellen. Vielmehr sind beide sittliche Verhältnisse und beide sind Rechtsverhältnisse. Die Ehe ist ein persönliches Rechtsverhältnis, das Schuldverhältnis ein vermögensrechtliches Verhältnis, was kein unüberbrückbarer Gegensatz ist, da auch das Vermögen zur Person gehört und auch das Vermögensrecht letzten Endes Personenrecht ist.

Wenn darum die eheliche Lebensgemeinschaft ein sittliches Verhältnis ist - vom Standpunkt der Sittlichkeit aus betrachtet -, so ist sie, im Zeichen des Rechts gesehen, auch ein Rechtsverhältnis. Die Pflicht zur ehelichen Gemeinschaft wird nicht durch das Gesetz zur Rechtspflicht "erhoben", sondern

---

1) Schönfeld, Von der Rechtserkenntnis, S.30, u.in anderen seiner Schriften.

sie ist ihrem Wesen nach Rechtspflicht, was das Gesetz nur zur Aussprache bringt, nicht aber von sich aus macht. Das "natürliche und sittliche Band" der Ehe ist ein Rechtsband und die sittliche Gemeinschaft, die die Ehegatten bilden, ist eine Rechtsgemeinschaft.

Hätte das RG und das BGB das wahre Wesen des Rechts erkannt, so hätte es der Ehe nicht bloss "vorwiegend sittlichen Charakter" zugeschrieben, sondern hätte sie als ein Rechtsverhältnis anerkannt, als ein Verhältnis des Personenrechts, eine Gemeinschaft, deren Recht und Wahrheit vom Gesetz genau so gut ausgesprochen werden kann wie das Recht eines Schuld- oder Sachverhältnisses.

Jedoch ist dem RG und dem BGB zur Ehre anzurechnen, dass sie wenigstens in negativer Hinsicht eine richtige Stellung eingenommen und die Ehe nicht unter den Vertragsbegriff gepresst haben. Denn damit hätten sie das Wesen der Ehe vergewaltigt.

2. Die Voraussetzungen der Ehe.

Die Voraussetzungen einer rechtswirksamen Ehe sind nach dem BGB, dass - was selbstverständlich ist - die Partner Personen verschiedenen Geschlechts sind, dass sie nicht miteinander verwandt oder verschwägert (§§1310, 1311, 1327 BGB), ferner dass keiner der Ehegatten z.Zt. der Eheschliessung mit einem Dritten in gültiger Ehe lebt (§§1309, 1326 BGB), dass jeder ehemündig (§ 1303) und geschäftsfähig (§§ 1304, 1325, 1339) und keiner durch Irrtum, arglistige Täuschung oder Drohung zur Eheschliessung bestimmt worden ist (§§ 1332ff.)

Dies sind alle Voraussetzungen, die das BGB für die Ehe verlangt. Gleichgültig ist es dem BGB, ob die Ehegatten nach ihrer Art und Rasse zueinander passen. In dieser Hinsicht lässt es allein den Willen der Eheschliessenden massgeblich sein. Damit nähert es die Ehe stark dem Vertrag.

In Beziehung auf die Art, Rasse und Gesundheit der Ehegatten kennt das BGB nur eine Bestimmung, nämlich das Verbot der Verwandtenehe. Dieses Verbot geht auf das kirchliche Eherecht zurück und entspringt der Erfahrung, dass aus Ehen zwischen nahen Verwandten keine vollgesunden Abkömmlinge hervorgehen. Mit dem

Verbot der Verwandtenehe zeigt das BGB, dass es für die Ehe eine echte "Gemein-Beschaffenheit" voraussetzt und dass es demnach in der Ehe eine Gemeinschaft sieht; denn die Ehegatten sind eben nicht füreinander geschaffen, "gemeinbeschaffen", wenn sie miteinander nah verwandt sind.[1)]

Mit dem Verbot der Verwandtenehe erschöpft sich jedoch die ganze Einsicht des BGB in das Wesen der Ehegemeinschaft. Es hat keinen Blick für die sonstigen Bedingungen der echten Gemeinschaft, für die Gleichheit von Art und Rasse, ohne die die Ehepartner nicht zueinander passen und ohne die sie keine wahre Ehe bilden können. Es geht von der falschen Voraussetzung aus, die schon die Anhänger des Naturrechts gemacht haben , dass alle Menschen gleich sind und darum die Ehe mit jedem beliebigen Partner geschlossen werden kann. Die logische Folge dieser Anschauung ist es, dass nicht das Wesen, sondern der Wille der Partner für die Begründung der Ehe ausschlaggebend und demnach die Ehe ein echter Vertrag ist.

Trotzdem ist der Vertragsgedanke im Eherecht des BGB. nicht folgerichtig durchgeführt. Schon in den übrigen Ehevoraussetzungen, die das BGB aufgestellt hat, kommt zum Ausdruck, dass das BGB sich in vielen Beziehungen vom wahren Wesen der Ehe leiten liess.

Wohl verlangt das BGB, wie beim echten Vertrag, dass die Eheschliessenden mit ihrem vollen und wahren Willen die Ehe eingehen. Es verlangt Geschäftsfähigkeit und Freiheit von Irrtum, Täuschung und Drohung. Jedoch legt es nicht den gleichen Wert auf den Willen wie beim Vertrag.

Der Mangel der Geschäftsfähigkeit, des Bewusstseins oder der Geistesklarheit macht die Ehe nicht völlig nichtig, sondern kann durch Bestätigung der Ehe geheilt werden (§ 1325 Abs.2). Der Mangel der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bei Geschäftsbeschränkten macht die Ehe nicht unwirksam, wie den Vertrag (§ 108), sondern nur anfechtbar (§ 1331). Der Irrtum über die Eigenschaften des anderen Ehegatten macht die Ehe im Gegensatz zu § 119 Abs.2 nur dann anfechtbar, wenn es persönliche, also nicht äusserliche Eigenschaften des Ehegatten sind und wenn

1) Es sind nicht "unenthüllbare ethische Anschauungen", die zu dem Eheverbot geführt haben, wie Wolff, Familienrecht, 7.B. S.48 meint. Denn die "ethischen Anschauungen" sind nichts anderes als die Erkenntnisse der natürl.Gesetze unseres Lebens, auch des Ehelebens. Die Erblehre vermag es heute wissenschaftlich zu begründen, warum den Verwandtenehen häufig kranke Nachkommen entspringen.

die Ehe bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Wesens der Ehe nicht eingegangen worden wäre (§ 1333). Die arglistige Täuschung berechtigt auch nur dann zur Anfechtung, wenn der Getäuschte bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung der Ehe diese nicht geschlossen hätte, wogegen nach § 123 die eben genannte, weitere Voraussetzung nicht nötig ist.

Auch in formaler Hinsicht ist die Anfechtung und Nichtigkeit der Ehe eingeschränkt. Während beim Vertrag und sonstigen Rechtsgeschäft die Nichtigkeit von selbst eintritt und die Anfechtung durch einfache Erklärung erfolgt (§ 143), kann bei der Ehe die Nichtigkeit und die Anfechtung nur durch Klage geltend gemacht werden (§§ 1329, 1941). Endlich ist der insgeheime Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen[1], ebenso der Wille, eine Erklärung nur zum Schein oder zum Scherz abzugeben, bei der Ehe völlig unbeachtlich; dagegen führen sie bei Rechtsgeschäften im Rahmen der §§ 116ff. zur Nichtigkeit der Erklärung.

Dass das BGB bei der Ehe nicht den gleichen Wert auf den Willen legt wie beim Vertrag, kann nirgends anders seinen Grund haben als im Wesen der Ehe. Die Ehe ist nicht willkürliche Verbindung, sondern sie entspricht einer Notwendigkeit. Der Mensch ist durch sein Wesen zur Ehe berufen. Seine Natur ist geschaffen zur Vereinigung mit den Angehörigen des anderen Geschlechts. Dieser seiner Natur hat der Mensch zu gehorchen, ob er will oder nicht. Wo der Wille dieser Notwendigkeit nicht gehorcht, da "muss" er eben "wollen", er "soll". Er muss diese Aufgabe zu lösen versuchen, auch wenn sich ihm Widerstände entgegenstellen. Er muss sich bemühen, die Gemeinschaft, die in seinem Wesen angelegt ist, zu suchen und, wenn er sie gefunden hat, täglich von Neuem zu verwirklichen und aufrecht zu erhalten. Es ist nicht in die Willkür und das Belieben der Menschen gestellt, ob er die Gemeinschaft, zu der er berufen ist, verwirklichen oder nicht verwirklichen, aufrechterhalten oder lösen will. Dem Belieben sind hier Schranken gesetzt. Der Wille muss sich hier beschränken. Darum ist die Bedeutung des Willens des einzelnen Gatten im Eherecht des BGB eingeschränkt.[2]

---

1) RG, Recht 1920 Nr.3396.
2) Die Mot.Bd.4,S.44,76 führen als Grund auch das öffentl.Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe an. Damit ist aber dasselbe gemeint;denn die Erhaltung des Einzelwesens,des Gliedes ist nicht möglich ohne die Erhaltung des öffentl.Wesens.

Schliesslich liegt auch dem Grundsatz der Einehe (§§1309, 1326) der Gedanke zugrunde, dass die Ehe ein Gemeinschafts- und nicht ein Vertragsverhältnis ist. Denn dieser Grundsatz ergibt sich daraus, dass die Ehe vollkommene, unlösbare Lebensgemeinschaft ist (vgl.§§ 1353 Abs.1, 1564). Eine derartige, die Person in allen Beziehungen und für ihr ganzes Leben ergreifende Bindung hat zur notwendigen Voraussetzung, dass die Beteiligten restlos zueinander passen und für einander geschaffen sind, dass sie also eine Wesensgemeinschaft bilden.[1] Bloss durch den Willen, durch reinen Vertrag kann eine solche Gebundenheit nicht begründet werden.

Alle diese Ehevoraussetzungen sind der willkürlichen Verfügung der Ehegatten entzogen. Dies ist so selbstverständlich, dass das BGB es gar nicht besonders ausspricht. Es versteht sich von selbst aus der Natur des Menschen. Die Natur verpflichtet zwar den Menschen zum ehelichen Zusammenleben dort, wo eine wirkliche Wesensgemeinschaft besteht. Wo aber eine solche Gemeinschaft nicht vorhanden ist, da ist er nicht einmal berechtigt zum ehelichen Zusammenleben. Ob ein Recht zur Eheschliessung und zum ehelichen Zusammenleben besteht, wird nur durch das Wesen der Gatten entschieden, nicht durch ihre Willkür. Ihr Wesen bestimmt, ob sie zusammenpassen. Dies ist die Grundvoraussetzung, aus der sich alle einzelnen Ehevoraussetzungen ergeben.

Der Wille zur Gemeinschaft muss zwar auch vorhanden sein; aber er ist erst in zweiter Linie notwendig, in erster Linie ist die Wesensgemeinschaft erforderlich. Wenn sie vorliegt, ist der Wille meist die gewöhnliche Folge. Der Wille allein genügt nicht; er steht hinter der ersten Voraussetzung, der Wesensgemeinschaft zurück. Dieser Voraussetzung muss er sich unterwerfen, er darf nicht über sie verfügen. Ein Vertrag über die Ehevoraussetzung ist unzulässig. Indem das BGB einen solchen Vertrag verwirft, leistet es - bewusst oder unbewusst - dem Gemeinschaftscharakter der Ehe genüge.

Das Recht der Ehevoraussetzungen zeigt demnach, dass das BGB zwar in wesentlichen Beziehungen das wahre Wesen der Ehen, nämlich ihr Gemeinschaftswesen, verkannt und die Ehe praktisch einem Vertragsverhältnis angenähert hat. Jedoch hat das BGB das Wesen der Ehe nicht völlig missverstanden, in mancher

---

1) vgl.dazu unten S.45f.

Hinsicht zeigt seine Regelung deutlich, dass ihr der Gedanke der Gemeinschaft zugrunde liegt.

3. Die Form der Eheschliessung.

Das BGB schreibt für die Eheschliessung eine bestimmte Form vor. Nach § 1317 Abs.1 müssen die Verlobten vor einem Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen. Der Standesbeamte muss zur Entgegennahme der Erklärungen bereit sein.

Diese Form ist - wie jede Form - die Form eines Inhalts, die Aeusserung eines Inneren. In ihrer Form kommt das Wesen der Eheschliessung zum Ausdruck. Aus der vom BGB festgesetzten Form können wir auf seine Anschauung vom Wesen der Ehe schliessen.

Die Form des § 1317 Abs.1 veranlasst viele zu der Annahme, dass die Eheschliessung ein echter Vertrag sei[1]. Dieser Schluss ist aber nicht zwingend.

Die Ehegatten erklären ihren Willen nicht nur gegenseitig, sondern miteinander vor dem Standesbeamten. Sie stehen sich nicht bloss wie zwei Vertragsgegner gegenüber, die ihre Erklärungen austauschen, sondern sie äussern ihren Willen miteinander, wie die Glieder einer Gemeinschaft ihren Beschluss nach aussen hin der Oeffentlichkeit kundtun. In den Erklärungen der Ehegatten kommt das neue Wesen, das sie zusammen bilden, kommt

---

1) So Ehrlich, Das zwingende und nicht zwingende Recht im BGB 1899,S.178; Staudinger-Engelmann, Familienrecht 9.A. S.5 Anm.2; Planck-Unzner, Familienrecht, 4.A. S.5 Anm.1, der aber in dem aus dem Eheschliessungsvertrag hervorgehenden Rechtsverhältnis nicht ein Vertragsverhältnis sehen will; Enneccerus-Wolff, Familienrecht 7.B. S.69 II und Anm.9. Der Kommentar von Soergel nennt in der 6.A. (1937) Vorbem. vor § 1303 die Eheschliessung nicht mehr einen Vertrag,sondern ein "eigenartiges geordnetes Rechtsgeschäft". Auch das RG Bd.88 S.191 sieht die Ehe als ein "Rechtsgeschäft"an, weshalb Art.11 Abs.1 Satz 2 EGBGB Anwendung finden soll. Die Mot.Bd.4 S.10 finden in der Eheschliessung einen "rechtsgeschäftlichen Akt",einen "Vertrag". Sogar für Schweiz.Recht nimmt Egger,Komm.z.Familienrecht 1914, 1.A.Vorb.3 vor Art.105 an, dass die Eheschliessung ein Vertrag ist,obwohl er in den Vorbemerkungen S.9,Anm.1a die Ehe ausdrücklich ein Gemeinschaftsverhältnis,nicht Vertrag und die Eheschliessung ein "familienrechtliches Rechtsgeschäft",gerichtet auf die Begründung des ehelichen Standes nennt und das ZGB selbst die Ehe als "Gemeinschaft" bezeichnet (Art.159ff) Ebenso jetzt die neue Auflage von Egger (1933/37) S.79.

die Gemeinschaft zu Wort. Die Willenserklärungen der Ehegatten sind nicht nur ein Gegeneinander wie beim Vertrag, sondern auch ein Miteinander wie beim Verein. Die Ehegatten tun sich ihren Willen nicht bloss gegenseitig kund wie die Vertragsparteien, sondern sie erklären ihn miteinander vor dem Standesbeamten als dem Vertreter des Staates. Durch ihre Erklärungen macht sich die Ehegemeinschaft als neu gebildetes Glied der Volksgemeinschaft dem Standesbeamten als dem Organ der Volksgemeinschaft kundbar.

Die im § 1317 BGB vorgeschriebene Form verdeutlicht uns am besten, dass die Eheschliessung beides ist: Vertrag und Gemeinschaftsbegründung. Die Ehegatten erklären, miteinander die Ehe eingehen zu wollen. Sie einigen sich kraft ihres Willens und schliessen insoweit einen Vertrag. Da aber der Vertrag seinen Grund in der Wesensgemeinschaft der Ehegatten hat, ist er nur die Entfaltung eines schon Gegebenen, die Aeusserung der schon bestehenden Gemeinschaft. Die Erklärung vor dem Standesbeamten ist die erste Lebensäusserung der Gemeinschaft. Aber gerade § 1317 BGB lässt uns nicht übersehen, dass die Gemeinschaft, auch wenn sie im Keim schon vorhanden ist, verwirklicht werden muss. Darum ist die Eheschliessung auch Vertrag und Rechts-"Geschäft".

Im § 1317 sind noch 2 weitere Bestimmungen enthalten, die das Wesen der Eheschliessung beleuchten. Nach § 1317 Abs.1 müssen die Erklärungen persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit, nach § 1317 Abs.2 dürfen sie nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden.

Den Grund für das Erfordernis des persönlichen Erscheinens sehen die Motive[1] in der grösseren Garantie für die Ernstlichkeit des Willens und die Freiheit der Willensbestimmung sowie im Schutz gegen Uebereilung und gegen Personenverwechslung und in der Sicherung des Beweises . Ihre eigentliche Rechtfertigung empfängt die Bestimmung nicht aus diesen äusserlichen Gründen, sondern aus dem Wesen der Ehe. Als die innerlichste und tiefste Gemeinschaft trägt sie höchstpersönlichen Charakter. Die Persönlichkeit der Ehegatten ist massgebend. Die Person

---

1) Motive, Bd.4 S.41.

des Eheschliessenden kann nicht von einem Dritten vertreten werden, da es entscheidend auf die Eigenart gerade dieser Person ankommt. Die Ehe ist als Gemeinschaft eine Gemeinschaft der Person. Nur wo es nicht auf die Persönlichkeit der Beteiligten ankommt, also bei Sachgeschäften, bei Verträgen, ist eine Vertretung möglich. Dadurch dass das BGB eine Vertretung beim Eheschluss verbietet, trägt es dem Wesen der Eheschliessung zutiefst Rechnung.

Besser wird das Verbot der Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung von den Motiven begründet[1], indem sie einfach auf das Wesen der Ehe verweist. Wenn sich auch die Verfasser des BGB nicht voll bewusst waren, warum Bedingungen oder Zeitbestimmungen nicht zum Wesen der Ehe passen, so haben sich doch wenigstens das richtige Gefühl dafür. Wenn Mann und Frau sich zur Begründung einer Ehegemeinschaft entschliessen, so tun sie es nur, weil sie glauben, dass sie wirklich zueinander passen. Ist aber diese Voraussetzung, von der sie ausgehen, gegeben, so sind sie zur völligen unbedingten und unbefristeten Lebensgemeinschaft berufen. Sind die Verlobten noch nicht ganz davon überzeugt, dass sie zusammenpassen, so brauchen sie die Ehe ja noch nicht zu schliessen. Sind sie aber davon überzeugt und findet diese Ueberzeugung ihren Ausdruck im Entschluss zur Ehe, so dürfen sie nicht eine nur halb oder schwebend wirksame Ehe eingehen. Bedingungen und Zeitbestimmungen sind nur beim echten Vertragsverhältnis möglich. Sie sind dort möglich, weil der Vertrag nicht ein enges, persönliches Verhältnis ist. Dem Willen ist hier mehr Freiheit eingeräumt.

4. Die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe.

1. Das BGB hat in § 1353 Abs.1 als grundlegende Wirkung der Ehe die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft festgesetzt. Mit dieser Vorschrift zeigt das BGB am deutlichsten, dass es die Ehe nicht als ein blosses Vertragsverhältnis auffasst, sondern als Gemeinschaftsverhältnis. Den Verträgen spricht das BGB nirgends eine derartige, die ganze Persönlichkeit erfassende Wirkung zu. Ueberall, wo es Verträge regelt, vermeidet das BGB ängstlich eine engere oder für längere Dauer bestehende Bindung[2].

1) Motive, Bd.4, S.42.
2) vgl.§§ 567, 624, 723, 695, 696.

Hier aber lässt es eine dauernde und allumfassende Lebensgemeinschaft zu. Das kann es nur unter der Voraussetzung, dass die Ehegatten eine wirkliche "Gemeinschaft" bilden und füreinander geschaffen sind. Zur vollkommenen Lebensgemeinschaft kann man sich nicht durch blossen Vertrag verpflichten. Dazu kann man nur durch eine Gemeinschaft der Art und des Wesens verpflichtet sein.

In Anlehnung an die Motive[1] spricht es auch das RG in zahlreichen Entscheidungen aus, dass der § 1353 Abs.1 BGB die Grundpflicht der Ehegatten festsetzt, aus der alle einzelnen Pflichten abzuleiten sind und dass diese Grundpflicht auf Herstellung der völligen Lebensgemeinschaft geht. Die Ehegatten schulden sich Liebe, Treue und Achtung[2], gegenseitigen Beistand und Zusammenleben. Aus diesen allgemeinen Pflichten ergeben sich dann die besonderen Pflichten der Ehegatten im alltäglichen Leben. Die Eheleute sind zum häuslichen Zusammenleben verpflichtet[3]. Wenn z.B. ein Ehegatte durch Krankheit am häuslichen Zusammenleben verhindert ist ist er verpflichtet, sich zur Heilung in eine Heilanstalt zu begeben[4].

Mit der auf § 1353 Abs.1 gestützten Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens kann auch die Erfüllung der vom Gesetz im einzelnen aufgeführten Rechte und Pflichten betrieben werden, so die Befolgung der Entscheidungen, die dem Manne nach § 1354 in allen gemeinschaftlichen ehelichen Angelegenheiten zustehen, die Pflicht der Frau zur Führung des Mannesnamens, die Pflicht des Mannes zur Duldung des Namensgebrauchs durch die Frau[5], das Recht der Frau auf Leitung des Hauswesens nach § 1356 und auf Einräumung der ihr entzogenen Schlüsselgewalt (§ 1357)[6].

2. Alle diese einzelnen Pflichten und Rechte sind echte Gemeinschaftspflichten und Gemeinschaftsrechte. Sie können nicht

---

1) Nach den Motiven Bd.4 S.104 sollte in § 1272 (der dem jetzigen § 1353 entspricht) der Inhalt des durch die Ehe begründeten persönlichen Rechtsverhältnisses durch ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck gebracht werden. Die einzelnen Vorschriften sollen dadurch ihre richtige Beleuchtung gewinnen und es soll zum Ausdruck gebracht werden,dass "wie im Obligationenrecht Treu u.Glauben,so im Eherecht das sittliche Wesen der Ehe die Grundlage bildet,von der bei der Auslegung des Gesetzes u.d.Beurteilung aller Rechtsverhältnisse der Ehegatten untereinander auszugehen ist."
2)RG Bd.87,S.61; Bd.51,S.185. 3) RG Bd.53,S.40
4)RG Bd.51,S.185. Nach RG Bd.97 S.286 wirkt sich die Pflicht zur ehelichen Gemeinschaft auch in Kleinigkeiten aus zB.b.Taschengel
5)RGRKomm.4.Bd.A.2 zu § 1353. 6)RG Warn.1915 Nr.287.

in einem Vertrag, sondern nur in einer Gemeinschaft begründet sein.

Während man im Vertrag die zu gewährenden Leistungen in der Regel gemeinsam bestimmt und die Entscheidung darüber nicht einem Teil überlässt, ist dies bei der Gemeinschaft unmöglich. Da die Gemeinschaft das ganze Leben umfasst,müssen Entscheidungen immer von Fall zu Fall getroffen werden. Hätten nun beide Teile zusammen das Entscheidungsrecht, so wäre eine Entscheidung wegen Uneinigkeit oft unmöglich und das Gemeinschaftsleben sehr beeinträchtigt. Darum muss in der ehelichen Gemeinschaft das Entscheidungsrecht einem der Ehegatten übertragen werden. Dies ist der tiefere Grund für die Bestimmung des § 1354, wonach das BGB dem Mann als dem stärkeren Teil das Entscheidungsrecht zuwies.

Auch die Pflicht und das Recht der Frau zur Führung des Namens des Ehemannes (§ 1355) ist eine Auswirkung der Gemeinschaft. Dass die Frau den Namen des Mannes trägt, ist das äussere Zeichen ihrer Gemeinschaft. Denn der Name ist das Zeichen der Persönlichkeit,die Aeusserung und Sichtbarmachung eines Inneren. Wo sich 2 Personen zusammenschliessen zu einem Gemein-Wesen, äussert sich dies auch im Namen. Ist der Zusammenschluss dagegen so wenig tiefgreifend, dass die Personen für sich bleiben - wie beim Vertragsverhältnis -, so kommt dies darin zum Ausdruck, dass sie ihre verschiedenen Namen trotz der durch den Vertrag herbeigeführten Verbindung behalten.

Unbeschadet des ehemännlichen Entscheidungsrechts ist die Frau berechtigt und verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten (§ 1356 Abs.1), im Hauswesen und Geschäft des Mannes zu arbeiten, wenn dies nach den Verhältnissen der Ehegatten üblich ist (§ 1356 Abs.2), und innerhalb des häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten.(§ 1357 Abs.1). Damit ist der Frau innerhalb der Gemeinschaft ihr Aufgabenkreis und ihre Stellung zugewiesen. Die Frau ist zu diesen Leistungen nicht nur als Entgelt für die Leistungen des Mannes verpflichtet, wie sie es bei einem blossen Vertragsverhältnis wäre, sondern sie handelt als Glied der Gemeinschaft, sie arbeitet für das gemeinsame Wohl der Gatten und der ganzen Familie, und das Mass ihrer Arbeit richtet sich nicht nach den Leistungen des Mannes, sondern nach dem Bedürfnis der

Gemeinschaft, das bald grösser, bald kleiner sein kann.

Ebenso arbeitet der Mann für das Wohl der Gemeinschaft, indem er der Frau Unterhalt gewährt, wozu er nach § 1360 Abs.1 ohne Rücksicht auf die Bedürftigkeit der Frau verpflichtet ist. Kann einer der Ehegatten seine Pflicht nicht erfüllen, so muss der andere die ganze Last der Gemeinschaft tragen; der Mann muss dafür Sorge tragen, dass das Hauswesen besorgt wird oder umgekehrt, die Frau muss den ganzen Unterhalt beschaffen (§ 1360 Abs.2). Es ist nicht wie bei einer Vertragspflicht, wo der eine von der Pflicht zur Leistung frei wird oder gar Schadensersatz verlangen kann, wenn der andere seine Leistungen nicht erbringt (§§ 323ff.), sondern im Vordergrund steht das Wohl der Gemeinschaft, weshalb der eine Gatte für beide sorgen muss, auch wenn der andere nichts dagegen leisten kann. Nicht die gegenseitigen Leistungen der Ehegatten bilden den Grund ihres Zusammenlebens, sondern umgekehrt ihre persönliche Verbundenheit und Gemeinschaft bildet die Grundlage, aus der sich alles andere, auch die einzelnen Leistungspflichten ergeben. Die Sorge der Frau für das Hauswesen und die Sorge des Mannes für den Unterhalt sind nicht Leistungen, die auf einem Austauschverhältnis beruhen, sondern auf der Gemeinschaft. Sie sind nicht Grund, sondern Folge der Gemeinschaft.

Auch wenn § 1357 davon spricht, dass die Frau die Geschäfte des M a n n e s - also nicht der Gemeinschaft - besorgt und den Mann, nicht die Gemeinschaft vertritt, so handelt es sich tatsächlich doch um eine Geschäftsbesorgung und Vertretung der Gemeinschaft. Denn die Geschäfte des Mannes sind Geschäfte für die Ehegemeinschaft, da der Mann nicht nur für sich, sondern kraft des Gesetzes auch für seine Frau sorgen muss. Mag auch das BGB nur vom Einzelnen reden, von dem Ehemann oder von der Ehefrau, so ist tatsächlich doch immer der Einzelne nur als Glied der Gemeinschaft gemeint.

Darum ist es falsch, wenn Wolff[1)] behauptet, im BGB sei der Ehe der genossenschaftliche Gedanke verloren gegangen. Ja, wenn man am einzelnen Wort hängt, könnte dieser Eindruck wohl entstehen. Dem Sinne nach aber lassen sich die Wirkungen, die da BGB der Ehe nachfolgen lässt, nur als Gemeinschaftswirkungen

---

1) Enneccerus-Wolff, Familienrecht, 7.B., § 31 S.102ff.

erklären. Wohl hat z.B. das Schweiz. Zivilgesetzbuch vom 10.12. 1907 den Sachverhalt klarer ausgedrückt, indem es von der "Gemeinschaft der Ehegatten" spricht, deren Wohl die Ehegatten "in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren" haben (Art.159 Abs.2) und deren "Vertreter" der Ehemann ist (§ 162 Abs.1). Dem Gehalt nach wohnt aber auch der Regelung des BGB der Gedanke der Gemeinschaft inne. Wenn das Schweiz.Ziv.Ges.Buch den Mann als "Haupt" der Ehegemeinschaft anerkennt (Art.160 Abs.2), so ist mit der Vorschrift des § 1354 BGB auch nichts weniger gesagt. Indem der Mann das Entscheidungsrecht in den gemeinschaftlichen ehelichen Angelegenheiten hat, ist er das "Haupt" der Gemeinschaft.Er handelt als Organ der Gemeinschaft. Sein Entscheidungsrecht ist nicht ein Eigenrecht, das ihm ausschliesslich zum eigenen Nutzen zusteht, sondern es ist die Führerstellung des Mannes in der Ehegemeinschaft, also die Gliedstellung in der Gemeinschaft[1].

Welche Rechte und Pflichten den Ehegatten auf Grund der Pflicht zur ehelichen Gemeinschaft im einzelnen zukommen, entwickelt das RG hauptsächlich in der Rechtsprechung zu der Frage, was Missbrauch des Verlangens nach Herstellung der ehelichen Gemeinschaft im Sinne des § 1353 Abs.2 und was die durch die Ehe begründeten Pflichten im Sinne des § 1568 sind[2]. Es erübrigt sich, die einzelnen Entscheidungen über diese Fragen aufzuzählen. Das RG geht in allen Fällen von dem in den Motiven[3] aufgestellten Grundsatz aus, dass die Ehegatten zu einer solchen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind, die dem Wesen der Ehe entspricht und mit der rechten ehelichen Gesinnung vereinbar ist[4]; durch die Ehe werde für die Ehegatten die sittliche Pflicht begründet, ihr Verhalten gegeneinander so einzurichten, dass es mit der Liebe, Treue und Achtung, die sie sich gegenseitig schulden, im Einklang stehe[5].

---

1) Wenn Wolff, Familienrecht, 7.B. S.102f. ausführt, im BGB sei die alte ehemännliche Munt verschwunden, so ist dies nicht richtig; wenn auch dem Mann kein so unumschränktes Gewaltrecht wie früher zusteht, so hat er doch noch die führende Stellung in der Gemeinschaft,wie Wolff a.a.O.S.103 selbst zugibt;in dem ehemännlichen Entscheidungsrecht kommt der alte Muntgedanke noch heute zum Ausdruck.

2) Vgl.RGR.Komm.(Hallamik) 8.A. bes.A.3 zu 1353,A.3 I,II,A.4,8 zu 1568. 3) Motive Bd.4 S.105.

4) JW.05 S.722 Nr.14

5) RG Bd.87 S.61.

3. Besonders deutlich drückt sich der Unterschied von blossen Vertragsverbindlichkeiten in zwei weiteren Rechtsgrundsätzen aus, die das BGB beherrschen. Der eine Rechtssatz ist die Bestimmung des § 888 Abs.2 ZPO, wonach die Zwangsvollstreckung aus einem Urteil auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft unzulässig ist. Die Pflicht zur ehelichen Gemeinschaft kann nicht erzwungen werden. Zwar ist diese Pflicht eine echte Rechtspflicht, aber sie ist so tief in der Persönlichkeit verankert, dass sie nur dort wahrhaft besteht, wo die Gemeinschaft der Art und des Wesens und damit die Notwendigkeit der Lebensgemeinschaft wirklich empfunden und gewollt wird. Fehlt der Wille zur Gemeinschaft, so ist keine rechte Gemeinschaft vorhanden. Die Erzwingung der Gemeinschaft könnte keine Gemeinschaft herstellen; sie würde dem Recht der Ehe nicht entsprechen, da sie gerade das verhindert, was sie schaffen soll: eine wahre Gemeinschaft[1].

Anders ist es bei den Vertragspflichten. Durch Vertrag, durch blosse Willensübereinkunft kann ich keine Gemeinschaft begründen, ich kann mich nur über Sachwerte einigen. Der echte Vertrag ist immer nur Austausch von Sachleistungen. Durch den Vertrag wird auch eine Art Gemeinschaft gebildet, aber nur eine Sachgemeinschaft. Durch den Vertrag lässt einer den andern an seinen Gütern teilhaben. Verletzt nun der eine seine Pflicht und enthält dem andern die Sache, die er zu leisten hat, vor, so kann der rechtmässige Zustand, nämlich die Sachgemeinschaft grundsätzlich durch Zwang hergestellt werden. Auf die Eigenart der Persönlichkeit muss hier nicht Rücksicht genommen werden. Denn an meinen Sachen kann ich auch jemand teilhaben lassen, der persönlich nicht zu meinem Wesen passt.

Der zweite Rechtsgrundsatz, durch den sich der Anspruch auf eheliche Gemeinschaft von vertraglichen Ansprüchen grundlegend unterscheidet, ist der, dass der Anspruch auf eheliche Gemeinschaft an Dritte nicht abgetreten, ebensowenig auch die Pflicht zur ehelichen Gemeinschaft von einem Dritten übernommen werden kann. Dies ist so selbstverständlich, dass das Gesetz in den §§ 1353ff. überhaupt nicht davon spricht. Gerade

---

1) Das RG. Bd.151 S.159 zieht aus § 888 Abs.2 ZPO sogar die Folgerung, dass eine Klage auf Unterlassung gegen den ehebrecherischen Dritten deshalb nicht begründet ist, weil diese einen mittelb. Zwang gegen den ehebrech.Gatten ausüben würde.

dass es so selbstverständlich ist, zeugt von einem grundlegenden Wesenszug des Eherechts. Die Gemeinschaft zweier Personen bedeutet, dass gerade diese beiden Personen für einander geschaffen, "gemein-beschaffen" sind und dass sie sich dadurch von allen anderen unterscheiden. Nur die Eigenart ihrer Persönlichkeit ist es, die sie aneinander bindet, darum kann die Lebensgemeinschaft nur zwischen ihnen bestehen. Ein Dritter kann die Stelle eines der Ehegatten nicht einnehmen. Die Person der Ehegatten ist unvertretbar.

Im Gegensatz hierzu kann eine Forderung aus Vertrag an jeden beliebigen Dritten abgetreten werden (§§ 398ff.), und eine Vertragspflicht kann von jedem Dritten übernommen werden, wenn der Gläubiger einverstanden ist (§§ 414ff.). Denn die Leistung die aus einem Vertrag zu entrichten ist, ist immer eine Sachleistung und kann deshalb statt an den ursprünglichen Gläubiger an jeden Dritten bewirkt werden. Sie hängt nicht von der Eigenart der Persönlichkeit ab. Aus demselben Grund kann auch eine Vertragspflicht von jedem Dritten übernommen werden. Der Verpflichtete muss nicht seine Person als solche, sondern nur eine neutrale Sache hingeben. Die Person des Vertragsgenossen ist vertretbar. Dieser Grundsatz zeigt, dass das BGB nicht an einen Vertrag dachte, als es die Ehe normierte.

4. Ebenso wenig wie die Ehegatten über ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten nach aussen verfügen können, dürfen sie es im Verhältnis zueinander. Die Wirkungen der Ehe sind auch im Innenverhältnis durch ihren Gemeinschaftscharakter bedingt. Die Ehegatten können nicht durch Vereinbarung die Wirkungen der Ehe beseitigen oder abändern. Denn diese Wirkungen ergeben sich aus der Gemeinsamkeit ihres Wesens und ihrer Art. Ihrem Wesen aber müssen sie gehorchen. Sie können sich den Gesetzen, die ihrer Natur entspringen, nicht willkürlich entziehen. Das natürliche Band, das sie kraft ihres Wesens umschlingt, bindet ihr Leben. Ihr Verhältnis können sie nicht nach freiem Belieben regeln. Der Vertrag hat hier keinen Platz.

Das Gesetz gibt zwar keine ausdrückliche Bestimmung des Inhalts, dass die personenrechtliche Wirkung der Ehe nicht vertraglich abgeändert werden darf. Dies ergibt sich aber als selbstverständliche Folge des vom Gesetz anerkannten Wesens der Ehe. Die Motive lassen deshalb eine derartige Vorschrift absicht-

lich weg[1]. Dem entspricht auch die Rechtsprechung des RG.

Das RG hat in ständiger Rechtsprechung erklärt[2], dass die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft nicht durch Vereinbarung der Ehegatten aufgehoben oder eingeschränkt werden kann[3]. Wenn die Ehe geschlossen und damit zum Ausdruck gekommen ist, dass die Gatten eine wahre Wesensgemeinschaft bilden, so ist diese Gemeinschaft nicht mehr durch den blossen Willen der Ehegatten lösbar. Ihre Gemein-Beschaffenheit verpflichtet sie, ihr Leben für immer zu teilen. Nur wo durch Scheidungsurteil oder aus einem sonstigen Grund (§ 1353 Abs.2) festgestellt ist, dass diese Gemeinschaft zwischen den Ehegatten fehlt, entfällt auch die Pflicht zur Lebensgemeinschaft. In diesem Fall ist ein Vertrag über das Getrenntleben gültig. Dies ist aber nicht ein echter "Vertrag", der die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft abändert, sondern nur die Ausübung des Rechts auf Getrenntleben, das nach § 1353 Abs.2 dann gegeben ist, wenn eben eine wahre Gemeinschaft zwischen den Gatten nicht mehr besteht.

Ueberhaupt nie verstösst ein Abkommen über zeitweiliges Getrenntleben gegen das Gesetz (§ 1353) oder gegen die guten Sitten, wenn es der Stärkung der ehelichen Gemeinschaft dient, z.B. um die Gatten zu beruhigen oder die Sinnesänderung eines Ehegatten herbeizuführen[4]. Ein solches Abkommen ändert die Pflicht der ehelichen Gemeinschaft nicht ab, sondern im Gegenteil, es dient zu ihrer Erfüllung. Es ist kein echter Vertrag, sondern nur die Erfüllung der aus der Gemeinschaft erwachsenden Pflichten.

Bezweckt eine Vereinbarung über nur vorübergehendes Getrenntleben nicht die Aufrechterhaltung der Ehe, so ist sie

---

1) Nach den Motiven Bd.4 S.309 ist ein solcher Vertrag schon nach § 138 nichtig, weil er gegen das familienrechtliche Wesen der Ehe und damit gegen die öffentliche Ordnung verstosse.

2) Diese Rspr. ist auch vom Schrifttum anerkannt, so: RGRK. A.3 zu § 1353; Staudinger-Engelmann, 9.A., Anm.6 zu § 1353; Planck-Unzner, 4.A. Anm.17 zu § 1353. Ebenso für das schweiz. Recht: M.Bänninger, Verträge zwischen Ehegatten über die persr.Wirkungen der Ehe, Kap.9.

3) RG. Bd.61 S.50, JW.1914 S.356, Warn.1911 Nr.108, JW.1905 S.435, 1936 S.249.

4) JW.1901 S.782; Planck, Anm.17 zu § 1353.

frei widerruflich[1]. Entsprechend ist ein Vertrag, durch den der eine Gatte dem anderen Zuwendungen macht, um ihm das Getrenntleben zu ermöglichen oder zu erleichtern, wegen Sittenwidrigkeit nichtig[2].

5. Auch die nähere Ausgestaltung des ehelichen Gemeinschaftslebens kann nicht durch Vertrag bestimmt werden. Ein solcher Vertrag ist unverbindlich, da er gegen das dem Ehemann zustehende, unabdingbare Entscheidungsrecht im Sinne des § 1354 verstösst[3]. Seinen Grund hat dies darin, dass das Gemeinschaftsleben nicht durch Verträge einer starren, lebenswidrigen Bindung unterworfen, sondern dass es immer so ausgestaltet werden soll, wie es im einzelnen Fall das Wesen der Gemeinschaft erfordert. Die Entscheidung darüber muss immer von Fall zu Fall getroffen werden. Deshalb darf der Mann sein Entscheidungsrecht nie aus der Hand geben. Er muss immer in der Lage sein, die für die Gemeinschaft notwendigen Massnahmen treffen zu können.

Die dem § 1354 folgenden Bestimmungen sind auch alle unabdingbar. Ein Vertrag darüber, dass die Ehefrau ihren Mädchennamen dem Namen des Mannes als zweiten Namen beifügen oder ein Pseudonym führen darf, ist frei widerruflich. Der Mann darf hier nicht gebunden werden. Der Vertrag bedeutet eine — wenn auch nur äusserliche - Einschränkung der Gemeinschaft, der Gemeinschaft, die ihr äusseres Zeichen in dem gleichen Namen der Ehegatten hat (§ 1355)[4].

Die Bestimmung des § 1356, welche die Frau zur Leitung des Hauswesens und zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes verpflichtet, ist auch der vertraglichen Verfügung entzogen. Denn diese Pflichten liegen der Frau als Glied der Ehegemeinschaft ob[5]. Ebenso ist die Schlüsselgewalt

---

1) JW.1901 S.185.
2) JW.1920 S.640.
3) RG. Bd.61 S.50; JW.1900 S.778 und LZ. 1923 S.395, wonach der Mann auf sein Wohnungsbestimmungsrecht nicht verzichten kann; ebenso Staudinger-Engelmann, Anm.5 zu § 1354; Planck-Unzner, Anm.11 zu § 1354. A.A.Bänninger, a.a.O., Kap.1 u.2, welche alle Verträge anerkennt, soweit sie der Gemeinschaft dienen, ausgenommen Verträge über die geschlechtliche Gemeinschaft.
4) A.A.Planck, A.4 zu § 1355; Ehrlich, a.a.O., S.183.
5) So auch RG. Bd.61 S.50; Staudinger, A.7 zu § 1356, der aber einen Vertr. üb.d.Begrenzung od.näh.Regelung d.Pflichten der Frau für möglich hält; ebenso Planck, A.9 u.10 zu § 1356.

der Frau und das Recht des Mannes, die Schlüsselgewalt auszuschliessen, derartig wesentlich für die Gliedstellung der Gatten in der Ehegemeinschaft, dass sie nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden können[1]. Das gleiche gilt von dem Kündigungsrecht des Mannes und dem Antragsrecht der Frau nach § 1358[2].

Wenn die Frau überpflichtmässige Leistungen im Haushalt oder im Geschäft des Mannes übernimmt, so ist die Grundlage hiefür das eheliche Gemeinschaftsverhältnis, nicht ein Vertragsverhältnis[3]. Jedoch ist ein Entgelt für diese Leistungen möglich.

Ist der Ehemann im Geschäft der Frau tätig, so ist auch hier ein echtes Vertragsverhältnis abzulehnen. Ganz abgesehen von der allgemeinen Frage, ob überhaupt das Arbeitsverhältnis ein Vertrags- oder Gemeinschaftsverhältnis ist, muss doch in diesem besonderen Fall die Ansicht verworfen werden, dass der Ehemann auf Grund eines echten Vertrags für die Ehefrau arbeitet. Auch wenn das Geschäft im Eigentum der Frau steht, so hat der Ehemann zur Frau - auch was die Arbeit betrifft - doch eine andere Stellung als die gewöhnlichen Angestellten und Arbeiter des Geschäfts. Denn er arbeitet auch hier für seine Frau auf Grund des Gemeinschaftsverhältnisses, das sie beide verbindet, nicht auf Grund eines von diesem zu unterscheidenden Arbeitsverhältnisses[4]. Wohl ist zuzugeben, dass der Ehemann nicht einfach auf Grund seines Entscheidungsrechts (nach § 1354) die Arbeit aufgeben kann. Er ist zur Arbeit mindestens bis zu dem Zeitpunkt verpflichtet, auf den der gewöhnliche Angestellte oder Arbeiter in dem Geschäft kündigen könnte. Aber sein Entscheidungsrecht ist nicht durch ein Vertragsverhältnis gebunden, sondern durch die aus der Ehegemeinschaft hervorgehenden Verpflichtung. Seine Entscheidung wäre ein Missbrauch seines Rechts und die Frau könnte auf Grund des § 1354 Abs.2 verlangen, dass der Mann mindestens bis zu dem normalen Kündigungstermin weiterarbeitet.

6. Eine Vereinbarung über die Art und Höhe der Unterhaltsgewährung ist, solange die Ehegatten zusammenleben,

---

1) OLG. Bd.26 S.216; RG. Bd.61 S.50; Planck Anm.17 zu § 1357, Staudinger Anm.7 zu § 1357.
2) Planck Anm.2 zu § 1358.
3) Ebenso Bänninger, a.a.O. Kap.4.
4) A.A. RAG. Bd.6 S.282.

unverbindlich. Das Gesetz schreibt in § 1360 Abs.3 vor, dass der Unterhalt so zu gewähren ist, wie es die eheliche Lebensgemeinschaft erforderlich macht. Eine Vereinbarung, dass der Unterhalt durch eine Geldrente zu leisten ist, widerspricht dem Wesen der Ehe nicht nur, wie RG. Bd.61 S.50 ausführt, weil der Mann (nach § 1354) frei bestimmen soll, wie er den Unterhalt gewährt, sondern weil es - wenigstens in den meisten Fällen - der ehelichen Lebensgemeinschaft entspricht, dass die Ehegatten zusammenwohnen und der Unterhalt in Naturalleistungen entrichtet wird[1].

Vollends würde eine Vereinbarung, durch die auf den Unterhalt verzichtet wird, im Widerspruch zu dem Wesen der Ehe stehen. Denn aus dieser ergibt sich die Pflicht zur vollen Lebensgemeinschaft und damit auch zur Gemeinschaft von Hab und Gut. Dies ist vom Gesetz in §§ 1360 Abs.3, 1614 Abs.1 ausdrücklich anerkannt[2].

Ausnahmsweise ist eine Vereinbarung über die Höhe und Art des Unterhalts verbindlich, nämlich dann, wenn einer der Ehegatten zum Getrenntleben berechtigt ist[3]. Denn in diesem Fall besteht eine Pflicht zum Zusammenleben nicht mehr. Der Unterhalt muss durch Entrichtung einer Geldrente gewährt werden (§ 1361). Ein solcher Unterhaltsvertrag ist aber wie der Vertrag über das Getrenntleben nur die Feststellung einer gesetzlichen, aus dem noch bestehenden Eheverhältnis entspringenden Pflicht; er ist also kein echter Vertrag.

Jedoch kann eine Minderung des Unterhalts nicht vereinbart werden, da ein Verzicht auf den Unterhalt auch dann ungültig ist, wenn die Gatten getrennt leben (§§ 1360 Abs.3, 1614)[4]. Ein Abkommen ist schliesslich auch dann nichtig, wenn es gegen die guten Sitten verstösst, z.B. wenn ein Ehegatte durch den Unterhaltsvertrag zur Unterlassung der Herstellungsklage bestimmt wird[5].

---

1) Warn.1915 Nr.24; JW.1905 S.435.
2) Vgl.JW.1905 S.682; JW.1902 S.72; Motive Bd.4 S.709.
3) RG. Bd.61 S.50; Bd.109 S.137; Seuff.Archiv Bd.67 S.67.
4) Seuff.Archiv Bd.66 S.473.
5) JW.1905 S.637; vgl.Staudinger, Anm.8 zu § 1361; Planck Anm.25 zu § 1361; RGRK. Anm.8 zu § 1361.

Aus all dem geht hervor, dass über die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe ein Vertrag im eigentlichen Sinne nicht abgeschlossen werden kann. Der tiefere Grund liegt immer im Gemeinschaftscharakter der Ehe. Wo die Partner füreinander geschaffen sind, da müssen sie dem Rufe ihres Wesens auch in der einzelnen Ausgestaltung ihres Zusammenlebens folgen und können sich nicht einfach nach Willkür darüber hinwegsetzen. Die Wirkungen der Ehe können ebenso wenig durch Vertrag abgeändert oder ausgeschlossen werden, wie die Ehe selbst nicht durch Vertrag begründet werden kann.

5. Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe

1. Die Unterhaltspflicht der Ehegatten führt uns auf jenes Gebiet der ehelichen Gemeinschaft hinüber, das nicht mehr die Persönlichkeit der Ehegatten als solche betrifft, sondern ihr Vermögen, ihr Hab und Gut. Ob die Regelung der Unterhaltspflicht noch zu den "persönlichen Rechtsbeziehungen" der Ehegatten oder schon zu den "vermögensrechtlichen" gehört, lässt das Gesetz nicht klar erkennen. Einmal spricht es von jenem (A.199 EGBGB), einmal von diesem (§ 1345 BGB). Jedenfalls setzt es das eheliche "Güterrecht" (6.Titel des 4.Buches des BGB) ausdrücklich in Gegensatz zu dem übrigen Eherecht, d.h. - wie wir z.B. aus Art.199 EGBGB ersehen - zum ehelichen Personenrecht.

Das eheliche Güterrecht ist nicht Vermögensrecht im eigentlichen, im Gegensatz zum Personenrecht stehenden Sinn. Es ist vielmehr "eheliches" Güterrecht, d.h. das Recht der Ehegemeinschaft in bezug auf ihr Hab und Gut, auf ihre Sachen. Sache ist hier nicht im Gegensatz zur Person gemeint, sondern in ihrer Einheit mit der Person, als Stück der Persönlichkeit, als ihr äusserlichstes Glied. Das Recht der Sache ist hier ganz im Einklang mit dem Recht der Person. Die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten bestimmen sich völlig nach ihren personenrechtlichen. Die Sachbeziehungen der Ehegatten bestehen nicht um ihrer selbst willen - wie z.B. die zwischen Käufer und Verkäufer - , sondern um des persönlichen Verhältnisses der Ehegatten, um ihrer Gemeinschaft willen. Das eheliche Güterrecht ist nur ein Spiegelbild des ehelichen Personenrechts, es ist wie dieses auch Gemeinschafts-

recht. Wir können darum die Unterhaltspflicht zum ehelichen Güterrecht rechnen und wissen dabei doch, dass sie der Gemeinschaft entspringt und darum eine personenrechtliche Pflicht ist.

Aber schon das Gefühl sagt uns, dass im ehelichen Güterrecht der Vertrag eher Platz hat als im ehelichen Personenrecht. Wir empfinden es nicht als anstössig, dass die Ehegatten über ihre vermögensrechtlichen Beziehungen freie Vereinbarungen treffen und frei verfügen. Es handelt sich hier eben doch nicht um das Persönliche , sondern nur um Sachen, Güter, Vermögen, also um die äusseren Verhältnisse der Ehegatten. Hier ist nicht der Kernpunkt der Gemeinschaft.

Wenn die Ehegatten z.B. eine allgemeine Gütergemeinschaft vereinbaren, so ist es zwar richtig, dass sie diese nicht um ihrer selbst willen, sondern auf Grund ihrer persönlichen Gemeinschaft begründen. Aber der Wille hat hier doch mehr zu sagen. In ihrer Person passen sie schon kraft ihres Wesens zusammen und wenn sie sich zur Ehegemeinschaft verbinden, so folgen sie damit nur dem Ruf ihres Wesens, wie einer höheren Macht; sie entwickeln nur das, was in ihnen schon keimhaft angelegt war. In ihren Sachen dagegen bilden sie nicht schon eine Gemeinschaft, sondern müssen diese erst schaffen. Ihr Wille rückt hier mehr in den Vordergrund. Ihre Sachgemeinschaft ist nicht eine natürliche, sondern eine "künstliche", eine Vertragsgemeinschaft, die aber unmittelbar in der persönlichen Gemeinschaft wurzelt und nicht wie der echte Vertrag nur mittelbar. Das eheliche Güterrecht ist also ein Uebergang von Gemeinschaft zum Vertrag. Dies findet seinen Ausdruck auch im Gesetz. Es erscheint bald mehr als Gemeinschaftsrecht, bald mehr als Vertragsrecht.

2. Gemeinschaftsrecht ist das eheliche Güterrecht insofern, als sämtliche Güterstände des BGB. mehr oder weniger starke Gütergemeinschaften sind.

Der gesetzliche Güterstand der ehemännlichen Verwaltung und Nutzniessung, der immer gilt, wenn die Ehegatten nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbaren (§ 1432), lässt zwar die Gütermassen der Ehegatten getrennt, aber jeder Gatte nimmt am Gut des anderen teil. Die Frau hat Anteil am Gut des Mannes, da er den ehelichen Aufwand zu tragen hat (§ 1389). Der Mann hat teil am Gut der Frau, da er es verwaltet und nutzniesst (§§ 1373,1374,

1383). Soweit das Gut der Frau Vorbehaltsgut ist (§ 1565), muss sie gegebenenfalls einen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwands leisten (§ 1371).

Auch der Güterstand der Gütertrennung stellt - trotz seines Namens - eine Gemeinschaft der Güter dar, wenn auch eine schwächere als die anderen Güterstände. Zwar sind die Gütermassen völlig getrennt, der Mann hat weder Verwaltung und Besitz noch Nutzniessung am Gut der Frau. Aber der Mann muss auch hier den ehelichen Aufwand tragen (§ 1427 Abs.1) und die Frau hat zur Bestreitung des ehelichen Aufwands einen angemessenen Beitrag aus ihren Gütern zu leisten (§ 1427 Abs.2). Beide Gatten lassen also einander an ihren Gütern teilnehmen.

Vollends begründen die Güterstände der allgemeinen Gütergemeinschaft und auch der Errungenschaft und Fahrnisgemeinschaft - wie schon ihr Name sagt - eine Gemeinschaft der Güter.

Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft wird das Vermögen des Mannes und der Frau gemeinschaftliches Vermögen (§ 1438). Dieses unterliegt der Verwaltung des Mannes (§ 1443) und trägt den ehelichen Aufwand (§ 1458). Die Nutzungen des vom Gesamtgut ausgeschlossenen Gutes, des eingebrachten Gutes (§ 1439) fallen in das Gesamtgut (§§ 1439, 1525); aus dem ebenfalls vom Gesamtgut ausgeschlossenen Vorbehaltsgut hat die Frau gegebenenfalls einen Beitrag zu leisten (§§ 1440, 1441).

Bei der Errungenschaftsgemeinschaft wird die Errungenschaft, d.h. der Erwerb der Ehegatten völlig gemeinschaftliches Vermögen (§ 1519), und vom eingebrachten Gut fallen die Nutzungen in das Gesamtgut (§ 1525); der eheliche Aufwand fällt dem Gesamtgut zur Last. Die Fahrnisgemeinschaft enthält zudem noch eine Gemeinschaft des beweglichen Vermögens (§ 1549).

Jeder dieser Güterstände ist demnach eine - mehr oder weniger starke - Gütergemeinschaft. Den Ehegatten steht zwar frei, welche sie wählen; aber sie sind an die vom Gesetz aufgestellten Güterstände gebunden. Sie sind gebunden, irgend eine Gütergemeinschaft zu bilden, mag es auch in der schwachen Form der"Gütertrennung" sein. Sie können nicht einen Güterstand ausserhalb der 5 Typen des BGB einführen und können auch die vom BGB zugelassenen Güterstände nicht "wesentlich" ändern, d.h. so ändern, dass sie ein völlig anderes Wesen annehmen.

Wenn auch das BGB es nicht ausdrücklich verbietet, einen anderen Güterstand einzuführen oder die bestehenden wesentlich zu ändern, so ergibt sich dies doch aus dem ganzen Aufbau des BGB. Das BGB gestattet im allgemeinen keine Universalsukzessionen; es lässt nur die Uebertragung von einzelnen Vermögensstücken, nicht aber von ganzen Vermögenskomplexen zu. Eine Aussnahme kann nur dort gelten, wo das BGB sie ausdrücklich gestattet. Eine solche Ausnahme erlaubt das BGB, indem es die Vereinbarung einer der geregelten Güterstände freigibt. Diese Ausnahme kann nur soweit gelten, als sie vom BGB ausdrücklich ermöglicht wird; weiter kann sie nicht gelten, da der grundsätzliche Standpunkt des BGB die Spezialsukzession ist und bleibt[1].

Diese Einstellung des BGB ist auch in vielen Einzelbestimmungen wieder zu erkennen[2]. So erklärt § 1526 Abs.2 für die Errungenschaftsgemeinschaft und § 1555 für die Fahrnisgemeinschaft, dassVorbehaltsgut des Mannes ausgeschlossen ist. Damit geht "das Gesetz in den angeführten Paragraphen davon aus, dass mit der Errungenschaftsgemeinschaft nicht Gütertrennungsgrundstätze - abgesehen von dem ausdrücklich zugelassenen Vorbehaltsgut der Frau - verbunden werden können"; es "gilt das Umgekehrte natürlich ebenso: In die Gütertrennung können nicht Gesamtguts-,nicht Nutzverwaltungsverhältnisse eingefügt werden. Es folgt daraus aber weiter, dass Entsprechendes für das Verhältnis zwischen Gütergemeinschaft, Gütertrennung und ordentlichen gesetzlichen Güterstand gelten muss"[3]. Auch die zwingende Vorschrift des § 1527, wonach bei der Errungenschaftsgemeinschaft vermutet wird, dass das vorhandene Vermögen Gesamtgut ist, wäre wertlos, wenn es möglich wäre, die Grundsätze anderer Güterstände in die Errungenschaftsgemeinschaft einzuführen, z.B. für das Frauenvermögen den gesetzlichen Güterstand zu vereinbaren; denn insoweit würde § 1527 keine Anwendung finden können.

1) So auch die herrschende Lehre: Planck-Unzner,Anm.9c zu § 1432 ("ein Ehevertrag ist unzulässig,wenn er mit dem Wesen des unter den Gatten geltenden Güterstandes nicht vereinbar ist");Enneccerus-Wolff,Familienrecht,S.161ff. S.163 A.35;RGRKomm.A.3 zu § 1432; A.v.Baligand,Der Ehevertrag,1906,S.34ff u.51ff;OLG Bd.7 S.53;vgl.Schweiz.ZBG § 179 Abs.2.Anderer Ansicht Staudinger Engelmann 3c zu § 1432,der einen Ehevertrag für zulässig erklärt,auch wenn er m.d.Wesen des unter den Gatten bestehenden Güterstandes nicht vereinbar ist;er nimmt aber häufige Ungültigkeit aus anderen Gründen an,bes.wegen Verstosses gegen die guten Sitten,das Wesen der Ehe od.ein gesetzliches Verbot.
2) vgl.dazu bes.Baligand,a.a.O.S.37ff.
3) Baligand, a.a.O. S.37f.

Dasselbe gilt von den im Gesetz nicht ausdrücklich aufgenommenen Vermutungen zu Gunsten des Gesamtgutes bei den anderen Gütergemeinschaften oder zu Gunsten des eingebrachten Gutes beim gesetzlichen Güterstand.

Ebensowenig wie die Normen über das Verhältnis der einzelnen Gütermassen zueinander, dürfen die sonstigen Normen geändert werden, wenn dadurch das Wesen des Güterstandes verändert werden würde.

So kann beim Güterstand der Gütertrennung die Vorschrift, auf der allein noch eine gewisse Gemeinschaft der Güter beruht, nämlich die Vorschrift, dass der Mann den ehelichen Aufwand zu bestreiten hat und dass die Ehegatten einander unterhaltspflichtig sind, nicht ausgeschlossen werden. Ein Verzicht auf den Unterhaltsanspruch ist schon nach § 1360 Abs.3 i.V. mit § 1614 unmöglich.[1] Soweit die Unterhaltspflicht des Mannes sich mit der Aufwandspflicht deckt, kann folglich auch diese nicht ausgeschlossen werden. Aber auch soweit die Aufwandspflicht einen grösseren Umfang hat[2] als die Unterhaltspflicht, kann sie nicht abgedungen werden[3]. Auf die Beitragspflicht der Frau nach § 1427 Abs.2 kann dagegen durch Ehevertrag verzichtet werden, da sie neben den anderen Pflichten der Frau (§ 1356) für die Gemeinschaft nicht so wesentlich ist. Ein Verzicht auf ihre Unterhaltspflicht dagegen ist unzulässig. Die Unterhaltspflicht ist bei der Gütertrennung die einzige Pflicht, durch die die Gemeinschaft der Ehegatten auch in vermögensrechtlicher Hinsicht gewährleistet wird.

Ebenso kann der Güterstand der ehemännlichen Verwaltung und Nutzniessung nur insoweit durch Ehevertrag abgeändert werden, als sein Wesen unverändert bleibt. Darum ist es unmöglich, durch Ehevertrag die Verwaltung von der Nutzniessung oder die Nutzniessung von der Verwaltung loszulösen[4]. Die Nutzniessung kann nicht abgeändert werden, sie muss dem Mann so wie einem Niessbraucher gewährt werden (§ 1383). Auch das Verwal-

1) So auch h.A. Staudinger-Engelmann, A.10 zu § 1360; Planck-Unzner A.13c zu § 1360.
2) vgl.über den Umfang des "ehelichen Aufwandes" RG Bd.67,S.1.
3) So h.A. vgl. Planck-Unzner, A.9c zu § 1432; Staudinger-Engelmann, A.5 zu § 1427; Motive Bd.4 S.322.
4) h.A. vgl. RGRK A.3 zu § 1432; Wolff, Familienrecht 7.B. § 41 S.162; Baligand a.a.O. S.65; Planck-Unzner, Vorbem.3 vor § 1418.

tungsrecht darf nicht eingeschränkt werden, da dem Mann die Pflicht zur ordnungsmässigen Verwaltung obliegt (§ 1374). Wie bei der Gütertrennung ist es auch hier unzulässig, die Pflicht des Mannes zur Tragung des ehelichen Aufwandes abzuändern.

Auch bei der allgemeinen Gütergemeinschaft können die wesentlichen Vorschriften nicht durch Ehevertrag abgeändert werden[1]. Insbesondere kann nicht § 1438 abgedungen werden, gemäss welchem das Vermögen von Mann und Frau gemeinschaftliches Vermögen wird, ferner nicht § 1442 Abs.1, wonach ein Ehegatte nicht über seinen Anteil am Gesamtgut verfügen kann. Denn es ist ja gerade das Wesen der allgemeinen Gütergemeinschaft, dass das Vermögen beiden Ehegatten zusammen zusteht. Auch das Verwaltungsrecht des Mannes über das Gesamtgut (§ 1443) kann dem Mann nicht entzogen werden, weil dies seiner Stellung als Haupt der Ehegemeinschaft zuwiderlaufen würde.[2] Für die Errungenschaft und Fahrnisgemeinschaft gilt dasselbe.

So sehen wir, dass der § 1432 den Ehegatten nicht gestattet, nach freiem Belieben ihre güterrechtlichen Verhältnisse zu regeln. Vielmehr sind sie im wesentlichen an die 5 Güterstände gebunden. Sie müssen notwendig eine dieser Vermögensgemeinschaften bilden.

Auch dort, wo die Ehegatten keine Güter ihr eigen nennen, sondern nur ihre Arbeitskraft, leben sie in einer Gütergemeinschaft. Denn der Mann muss der Frau Unterhalt gewähren und deshalb seinen Erwerb mit ihr teilen. Umgekehrt muss die Frau dem Manne ihre Arbeitskraft zur Verfügung stellen; sie hat das Hauswesen zu leiten und, wo es - wie bei den meisten Volksgenossen - üblich ist, selbst zu besorgen; ja wenn der Mann zur Unterhaltsbeschaffung ausserstande ist, hat sie diese Pflicht gegenüber ihm.

Ihren tieferen Grund hat die Einschränkung der Ehevertragsfreiheit im BGB darin, dass die persönliche Gemeinschaft der Ehegatten auch ihr Vermögen umfasst, da sie völlige Lebensgemeinschaft ist. Sie ist darum nicht nur persönliche Gemeinschaft, sondern notwendig auch Gütergemeinschaft. Wenn die

---

1) vgl. Baligand, a.a.O. S.78ff.
2) Anderer Ansicht Wolff, Familienrecht S.163, der ein Mitverwaltungsrecht der Frau zulassen würde. Dies widerspricht aber der wahren Stellung der Frau.

Ehegatten völlige Trennung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse vereinbaren könnten, so wäre ihre Gemeinschaft eben keine umfassende Lebensgemeinschaft.

3. Aber gerade weil das eheliche Güterrecht Gemeinschaft ist, ist es zugleich auch Vertrag, und zwar Vertrag in stärkerem Mass als das persönliche Eherecht, weil die Sachen nicht durch ihre Beschaffenheit, sondern nur durch den Willen vereinigt werden.

Das kommt schon in unserer Sprache zum Vorschein. Während wir von der Ehe selbst nie als einem Vertrag reden, geht es nicht gegen unser Sprachgefühl, die Vereinbarung der güterrechtlichen Verhältnisse "Ehevertrag" zu nennen. Wir können hier von Vertrag sprechen, weil nur die äussere, wirtschaftliche Seite des ehelichen Verhältnisses geregelt wird.

Ihre Vermögensgemeinschaft können die Ehegatten enger oder weiter gestalten. Denn das Vermögen macht nicht das Wesen der Person und damit der Gemeinschaft aus. Die Gemeinschaft selbst kann ich nicht nach Belieben ausgestalten, da sie in der Art und dem Wesen, in der Persönlichkeit gründet. Wohl aber kann ich die Sachbeziehungen mannigfaltig regeln. Meine Person und meine Gemeinschaft wird dadurch nicht wesentlich berührt, dass ich diese oder jene Sache habe oder nicht habe. Nur wenn die Sache so lebensnotwendig ist, dass die Person ohne sie überhaupt nicht leben kann, ist die Sache für die Person und die Gemeinschaft unbedingt wesentlich. Darum muss die Sachgemeinschaft nur insoweit unbedingt bestehen, als die Sachen für das Leben des Einzelnen und der Gemeinschaft notwendig sind.

Aus diesem Grund ist der eiserne Kern aller Güterstände die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten. Wo die Ehegatten nichts besitzen, als was sie durch Arbeit verdienen, da ist ihre Gütergemeinschaft notwendig vollkommen. Hier hat ein Ehevertrag keinen Platz.

Wo aber die Ehegatten mehr besitzen, da ist eine Gemeinschaft der Güter umsoweniger notwendig, je weniger man die Güter für das Leben unbedingt braucht. Die Gütermassen können im Alleineigentum des einzelnen Ehegatten bleiben, ohne dass dadurch die Ehegemeinschaft beeinträchtigt wird. Es genügt, wenn jeder Gatte dem anderen den Mitgebrauch seiner Güter gewährt, sei

es in der Form des Unterhalts, sei es in der Form der Beitragsleistung. Es widerspricht nicht dem Wesen der Ehegemeinschaft, wenn dem Ehegatten vom BGB eine gewisse Freiheit in der Regelung seiner güterrechtlichen Verhältnisse gewährt wird.

Diese Freiheit hat immer ihre Grenzen an dem Grundverhältnis, das die Ehegatten miteinander verbindet, an ihrer persönlichen Gemeinschaft. Darum unterscheidet sich der Ehevertrag stark von einem echten Vertrag, ja er unterscheidet sich so stark, von diesem, dass er uns als eine Uebergangsform vom Vertrag zur Gemeinschaft erscheint.

Während der echte Vertrag auf dem freien Willen derer beruht, die ihn abschliessen, beruht der Ehevertrag auf einer Notwendigkeit. Die Ehegatten können ihre Vermögensverhältnisse nicht einfach ungeregelt lassen. Wenn sie keinen ausdrücklichen Ehevertrag schliessen, so tritt der gesetzliche Güterstand ein. Schliessen die Ehegatten den gesetzlichen Güterstand aus, so müssen sie einen anderen Güterstand vereinbaren oder müssen sich damit abfinden, dass Gütertrennung eintritt(§ 1436). Auch im "Gesetzlichen" Güterstand schlummert ein vertraglicher, da er ja auch durch Vertrag eingeführt werden kann. Wo kein ausdrücklicher Ehevertrag geschlossen wird, da enthält die Eheschliessung immer zugleich einen stillschweigenden "Ehevertrag", durch den die Ehegatten ihren Güterstand gemäss dem gesetzlichen Vorschlag vereinbaren.

Ob ein solcher "stillschweigender" oder ob ein ausdrücklicher Ehevertrag abgeschlossen wird, immer beruht er auf einer Notwendigkeit, nämlich darauf, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegemeinschaft geregelt werden müssen, im Sinne einer mehr oder weniger starken Gütergemeinschaft; ja letzten Endes auf derselben Notwendigkeit wie die Ehe selbst, auf der Notwendigkeit, die in der Wesensgemeinschaft der Ehegatten liegt.

4. Der besondere Charakter des Ehevertrags drückt sich auch in der Eigenart der aus dem Ehevertrag hervorgehenden Pflichten aus. Diese Pflichten können als solche nicht von einem anderen übernommen,und die Ansprüche aus dem Ehevertrag können nicht einem anderen abgetreten werden. Wie bei den aus dem Eheverhältnis entspringenden persönlichen Pflichten ist auch

bei den auf dem Ehevertrag beruhenden Sachleistungspflichten die Person des einzelnen Ehegatten unvertretbar. Die Frau kann ihren Anspruch auf Unterhalt und auf Tragung des ehelichen Aufwands, den sie gegenüber dem Mann hat, nicht abtreten. Ebensowenig kann ein Dritter diese Pflichten des Mannes übernehmen.

Im Güterstand der Gütertrennung ist der Anspruch des Mannes auf einen angemessenen Beitrag aus dem Gut der Frau nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (§ 1427 Abs.2 S.3) nicht übertragbar. Im gesetzlichen Güterstand ist es dem Mann verboten, sein Verwaltungs- und Nutzniessungsrecht abzutreten (§ 1408). Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft kann der Ehegatte über seinen Anteil am Gesamtgut nicht verfügen, ihn also auch nicht abtreten (§ 1442 Abs.1). Auch die sonstigen Rechte und Ansprüche, die die Ehegatten auf Grund ihres Güterstandes gegeneinander haben, sind nicht übertragbar, denn sie richten sich nur gegen die Person des anderen, da sie ihren Ursprung in der persönlichen Gemeinschaft mit dem anderen haben.

Aber auch hier macht sich der sachliche, wirtschaftliche Charakter der Beziehungen geltend. Wenn auch eine andere Person nicht völlig in die Rechtsstellung eines Ehegatten eintreten kann, so kann sie doch beim Abschluss des Ehevertrags an die Stelle des Gatten treten, sie kann den Ehegatten "vertreten". Dies ist bei der Eheschliessung unmöglich (§ 1317 Abs.1)

Die Eheschliessung betrifft eben unmittelbar die Person als solche. Der Ehevertrag dagegen hat nur die äusserliche, sachliche Seite der Person, ihr Vermögen zum Gegenstand. Für die Person kann niemand anders eintreten, wohl aber für die Sache. Aus diesem Grund kann der Ehevertrag, der zwar auch die Verbindung der Ehegatten als solcher, aber nicht in persönlicher, sondern nur vermögensrechtlicher Hinsicht darstellt, durch Vertreter abgeschlossen werden. Dies wird vom Gesetz ausdrücklich gestattet, indem es nur "gleichzeitige Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder vor einem Notar", nicht aber "persönliche" Gegenwart verlangt (§ 1434). Ausserdem lässt die Vorschrift des § 1437 Abs.1, der den Abschluss eines Ehevertrags über die allgemeine Gütergemeinschaft durch einen gesetzlichen Vertreter verbietet, auf die Zulässigkeit eines gewillkürten Vertreters schliessen[1]. Auch ist

---

1) vgl.RGRK,Anm.3 zu § 1437; Enneccerus-Wolff,Familienrecht § 41 III, S.160 A.15.

allgemein anerkannt, dass der Ehemann zwar sein Verwaltungs- und Nutzniessungsrecht nicht übertragen darf (§ 1408), dass er aber die Ausübung dieses Rechtes einem Bevollmächtigten überlassen kann[1]. Ja, das Gesetz selbst lässt die Vertretung des Mannes in Erfüllung seines Verwaltungs- und Nutzniessungsrechtes zu, wenn er unter Vormundschaft steht (§ 1409).

Wir sehen, dass der Ehevertrag kein echter Vertrag ist, sondern mehr der Gemeinschaft zuneigt, da er ja nur die nähere Ausgestaltung der Ehegemeinschaft in wirtschaftlicher Hinsicht ist; dass aber gerade der Umstand, dass er die wirtschaftliche, sachliche Seite der Ehegemeinschaft regelt, ihn dem echten Vertrag annähert. Ein äusseres Zeichen für diesen Uebergangscharakter des Ehevertrags ist es, dass das Gesetz einmal vom "Gesetzlichen", einmal vom "Vertragsmässigen" Güterrecht spricht (Ueberschrift vor § 1363 und vor § 1432), obwohl auch die im "gesetzlichen Güterrecht" normierten Güterstände durch "Vertrag" vereinbart werden könnten.

Das BGB lässt deutlich erkennen, dass es das Verhältnis der Ehegatten, auch soweit es nur das Vermögen betrifft, nicht als reines Vertragsverhältnis aufgefasst haben will. Darum ist das Verdammungsurteil, das Otto v.Gierke über den ersten Entwurf gefällt hat,[2] für das BGB nicht zutreffend: "Der durch alle deutschrechtlichen Systeme sich hindurchziehende Gedanke, dass es sich bei den Rechtsverhältnissen am Ehevermögen um Ausflüsse des die Ehegatten zum Ehepaar verknüpfenden personenrechtlichen Bandes handelt, ist durchweg verloren gegangen. Dafür werden eigene und selbständige, dingliche und obligationsrechtliche Rechte von rein individualistischer Grundlage eingeführt, die ihrem innersten Kern nach nicht anders beschaffen sind, als wenn sie beliebigen unverbundenen Personen zuständen." Die einzelnen Rechte der Ehegatten sind Gliedschaftsrechte, auch wenn im Gesetz nicht ausdrücklich die Rede davon ist. Im Ehevertrag scheint die Gemeinschaft durch, die kein letzter Gegensatz zum Vertrag ist, sondern eine Einheit mit ihm bildet.

---

1) wobei er aber immer die endgültige Verantwortung behält. vgl. RGRK A.2 zu § 1408; Motive Bd.4 S.300; Planck, A.4 zu § 1408; RJA Bd.16 S.292.

2) O.v.Gierke, Der Entwurf eines BGB und das Deutsche Recht, im Jahrb.f.Gesetzg., Verwaltg.u.Volkswirtschaft, 13.Jg.1889 S.810.

6. Die Auflösung der Ehe.

Die Normen über die Eheauflösung verdeutlichen uns noch mehr, welche Auffassung dem Eherecht des BGB zugrunde liegt. Das BGB kennt nur 5 genau bestimmte Gründe für eine Scheidung, nämlich Ehebruch und Straftaten i.S. des § 171, 175 StGB., Tötungsabsicht, bösliche Verlassung, schwere schuldhafte Ehezerrüttung und unheilbare Geisteskrankheit (§§ 1564-69).

Das BGB geht davon aus, dass die Ehe grundsätzlich durch nichts aufgelöst werden kann als durch den Tod[1]. Durch Urteilsspruch kann sie nur gelöst werden, wenn die Ehe so zerrüttet ist, dass tatsächlich keine Gemeinschaft mehr besteht. Eine solche Zerrüttung nimmt das BGB immer an, wenn ein Ehegatte die Ehe gebrochen hat oder wenn ein Gatte dem anderen nach dem Leben trachtet oder wenn er den anderen böslich verlassen hat. Sonst kann die Ehe nur unter 2 Voraussetzungen geschieden werden. Entweder muss die geistige Gemeinschaft der Ehegatten dadurch aufgehoben sein, dass ein Ehegatte in unheilbare Geisteskrankheit verfallen ist und diese mindestens 3 Jahre gedauert hat. Oder muss die Zerrüttung der Ehe dadurch schuldhaft herbeigeführt sein, dass ein Gatte die durch die Ehe begründeten Pflichten schwer verletzt oder sich ehrlos oder unsittlich verhalten hat.

Voraussetzung für die Scheidung ist demnach im Recht des BGB immer die Zerrüttung oder Aufhebung der Gemeinschaft, auch wenn dies bei den 3 ersten Scheidungsgründen nicht ausdrücklich bestimmt ist. Der Regelung des BGB liegt der Gedanke zugrunde, dass die Ehe nicht - wie ein Vertragsverhältnis - willkürlich von den Partnern gelöst werden kann, sondern dass die Ehegatten gebunden sind, auch wenn sie nicht mehr gebunden sein wollen, und dass die Gebundenheit erst dann aufhört, wenn die eheliche Gemeinschaft zerrüttet oder aufgehoben ist. Die eheliche Gemeinschaft wird also vom BGB als ein von der Willkür der Ehegatten unabhängiges Verhältnis aufgefasst. Dies bedeutet aber nichts anderes, als dass die Ehe im Wesen der Ehegatten, in ihrem für einander bestimmten Wesen, in ihrer Wesensgemeinschaft begründet und dass die Ehe die Verwirklichung einer Aufgabe ist. Diese Aufgabe fällt dort weg, wo die Grundlage

1) Die Motive Bd. 4 S.563ff reden auch von der grundsätzlichen Unscheidbarkeit der Ehe.

der Ehe, die Wesensgemeinschaft beseitigt, wo die Ehe zerrüttet oder die Gemeinschaft aufgehoben ist.

Jedoch stellt das BGB - ausser im Falle der Ehescheidung wegen Geisteskrankheit - immer auf ein Verschulden ab. Nach der Auffassung des BGB könnte jede Ehe aufrecht erhalten werden, wenn die Ehegatten der durch die Ehe begründeten Pflichten bewusst bleiben und ihren Willen darnach bestimmen würden. Es kennt ausser der Geisteskrankheit keinen Fall, in dem die Ehe ohne Verschulden, nur wegen der Verschiedenheit des Wesens der Ehegatten geschieden werden kann. Wenn die Ehegatten ihren Willen anstrengen, können sie - nach der Anschauung des BGB - in Gemeinschaft leben. Das BGB setzt demnach voraus, dass eine eheliche Gemeinschaft zwischen jedem Mann und jeder Frau möglich ist und dass es nur auf den Willen ankommt, die eheliche Lebensgemeinschaft zu verwirklichen. Das BGB übersieht die Verschiedenheiten der Rasse und auch die Wesensverschiedenheiten unter den Angehörigen gleicher Rasse. Es beachtet nicht, dass die Ehegatten in ihrer Eigenart zueinander passen müssen, es lässt die Rassenfrage völlig unberücksichtigt, ein Fehler, der sich schon im Rechte der Ehevoraussetzungen ausgewirkt hat[1].

Jedoch kann dem BGB nicht vorgeworfen werden, dass es den Gemeinschaftscharakter der Ehe völlig verkannt hat. Es hat ihn nur nicht voll und ganz erkannt. Auch das BGB sieht in der Ehe eine sittliche Aufgabe, deren Erfüllung sich die Ehegatten grundsätzlich nicht entziehen dürfen: die Ehegatten dürfen nicht nach Belieben und Willkür über die Ehe verfügen. Was bedeutet dies aber anders, als dass der Ehe der Vertragscharakter abgesprochen wird? Nicht die Willkür soll herrschen, sondern das Wesen, das "Gemein-Wesen" der Ehegatten. Ihre Wesensgemeinschaft macht ihnen die Ehe zur Aufgabe. Das ist der tiefere Grund dafür, warum auch das BGB eine Scheidung durch Vertrag nicht zulässt.

Es ist nur eine weitere Ausführung dieses Gedankens, wenn das RG jede Vereinbarung und jeden Vertrag für nichtig erklärt, der die Ehescheidung ermöglichen oder erleichtern soll. Das RG sieht in einem solchen Vertrag einen Verstoss gegen die

---

1) vgl. oben S. 40.

guten Sitten (§ 138). Z.B. ist wegen Sittenwidrigkeit ein Vertrag nichtig, durch den sich der Mann verpflichtet, einen Scheidungsgrund dadurch zu schaffen, dass er der Frau einen beleidigenden Brief sendet, wogegen die Frau ihm Unterhalt verspricht[1]. Sittenwidrig ist ferner ein Abkommen, wonach der Ehemann anstelle eines gegen ihn geltend gemachten Scheidungsgrundes einen zum Zweck der Ehescheidungsklage zu verwertenden Ehebruch begehen soll[2]. Ebenso verstösst gegen die guten Sitten und gegen den in §§ 617, 622 ZPO. ausgesprochenen Eherechtsschutz gemäss §§ 138, 134 BGB ein Vertrag, durch den sich die Eheleute in der Absicht, die Scheidung zu erleichtern, zum Verzicht auf Rechtsmittel gegen das Scheidungsurteil verpflichten[3]. Sittenwidrig ist des weiteren ein Abkommen, durch das sich die Frau gegen Gewährung von Vermögensvorteilen bestimmen lässt, die Scheidungsklage gegen den Mann zu erheben[4]. Auch der Vertrag, der erst nach der Scheidung durch Unterschrift vollzogen wird, ist nichtig, wenn er vor der Scheidung mündlich abgeschlossen und ein Entwurf ausgearbeitet wurde, auf Grund dessen der Mann einen nicht bestehenden Scheidungsgrund zugab[5]. Das RG. hat diese Grundsätze noch in zahlreichen anderen Entscheidungen ausgesprochen[6].

Alle diese Abmachungen verstossen deshalb wider die guten Sitten und den Eheschutz, weil sie in Wirklichkeit entweder gleichbedeutend sind mit einer Scheidung auf Grund gegenseitiger Einwilligung - das sind die Fälle, wo ein in Wirklichkeit nicht bestehender Scheidungsgrund vorgetäuscht werden soll - oder weil die Scheidung aus Beweggründen betrieben wird, die nichts mit der Zerrüttung der ehelichen Gemeinschaft zu tun haben - so, wenn ein Gatte zur Erhebung der Klage durch Zusicherung von Vermögensvorteilen veranlasst wird.

---

1) Warn. 1922 Nr.64
2) Warn. 1920 Nr.4
3) RG. Bd.118 S.171 ff.
4) JW. 1931 S.1342
5) RG. Bd.126 S.320
6) LZ. 1924 S.737; Recht 1924 Nr.1519; Warn. 1912 Nr.220; Warn. 1914 Nr.273, 1919 Nr.93; JW. 1928 S.1500; RG. Bd.70 S.60; Gruchot Bd.60 S.658. Diese Rechtsprechung wurde auch in neuester Zeit aufrecht erhalten: RG. 145 S.152; JW.1936 S.2531; RG. Bd.150 S.385. Vgl. auch RGRK. Anm.5 zu § 1564, Anm.10 zu § 1578; Planck, Vorb.V vor 1564, Anm.15 zu § 1578; Staudinger Anm.8 vor § 1564; Wolff, § 36 IV 4, S.135.

Mit dieser Rechtsprechung zieht das RG. die richtigen Folgerungen aus dem Gemeinschaftscharakter der Ehe: es lehnt jede Beeinflussung der ehelichen Gemeinschaft durch willkürlichen Vertrag ab und verwirft damit die Ansicht, dass die Ehe ein Vertragsverhältnis sei.

Ein Vertrag über die Scheidungsgründe und Scheidungsfolgen wird vom RG. nur dann für wirksam erklärt, wenn die Scheidung nicht erleichtert, sondern nur das Scheidungsverfahren abgekürzt werden soll. So ist ein Vertrag zulässig, in welchem vor der Scheidung eine Vereinbarung über den nach der Scheidung zu gewährenden Unterhalt getroffen wird, falls einer der Ehegatten tatsächlich einen Scheidungsgrund hatte und zur Betreibung der Scheidung entschlossen war[1]. Ebenso ist ein Abfindungsvertrag wirksam, wenn er nur die Abkürzung des Verfahrens bezweckt und wenn ein Scheidungsgrund tatsächlich vorliegt[2]. Ein Vertrag, der vor der Scheidung die Vermögensverhältnisse und die Sorge für das Kind für die Zeit nach der Scheidung regelt, dient nicht zur Erleichterung der Scheidung und ist deshalb wirksam, wenn ein Scheidungsgrund und der Wille zur Scheidung vor Abschluss des Vertrages vorhanden war[3].

Der Grund dafür, dass hier Verträge im Eherecht zulässig sind, liegt darin, dass nicht die eheliche Gemeinschaft Gegenstand der Regelung ist, sondern das Verhältnis der Ehegatten nach der Scheidung. Dieses Verhältnis ist kein Gemeinschaftsverhältnis mehr. Die geschiedenen Ehegatten sind durch nichts mehr miteinander verbunden. Die Pflichten, die das Gesetz dem schuldig erklärten Gatten nach der Ehe auferlegt, haben ihren Grund nicht in einer etwa nachwirkenden Gemeinschaft[4], sondern darin, dass der schuldlos geschiedene Ehegatte in seinem Vertrauen getäuscht wurde. Der Ehegatte hat die Ehe im Vertrauen darauf geschlossen, dass der andere mit ihm die Gemeinschaft hält. In diesem Vertrauen ist er getäuscht worden. Hätte er sofort

---

1) Warn. 1926 Nr.82.
2) Warn. 1934 Nr.29.
3) JW. 1913 S.128. Ebenso JW. 1913 S.16, Warn. 1913 Nr.3.
4) Vgl. RG. Bd.145 S.306: "Auch der Unterhaltspflicht des aus seiner alleinigen Schuld geschiedenen Ehegatten liegt nicht die Annahme einer sittlichen Verpflichtung zugrunde (Warn.Rspr. 1920 Nr114), sondern sie ist nur aus dem Gesichtspunkt einer auf Billigkeit beruhenden Nachwirkung der Ehe auferlegt (vgl. Staudinger BGB. § 1578 Bem.1)".

gewusst, dass er mit dem anderen Partner keine Gemeinschaft bilden kann, so hätte er die Ehe nicht geschlossen und hätte sich wahrscheinlich anderweitig glücklich verheiratet. Dafür nun, dass er jetzt nach der Scheidung wieder völlig allein steht, soll er durch die Unterhaltsrente entschädigt werden. Es ist also eine Art Vertrauensschadensersatz. Sobald der schuldlos geschiedene Gatte sich wieder verheiratet, ist der Grund für die Unterhaltsgewährung weggefallen, weshalb das Gesetz die Unterhaltspflicht ausdrücklich mit der Wiederverheiratung des Berechtigten erlöschen lässt (§ 1581).

Da die Unterhaltspflicht der geschiedenen Ehegatten nicht einer Gemeinschaft entspringt, sondern eine gewöhnliche Schadensersatzpflicht darstellt, so steht einer vertraglichen Regelung nichts im Wege. Darum erklärt das RG. den Unterhaltsvertrag zwischen Ehegatten grundsätzlich für zulässig, es sei denn, dass er - vor der Scheidung abgeschlossen - zur Erleichterung der Scheidung dient[1]. Ja sogar ein Verzicht auf den Unterhalt ist nach §§ 1578-1580 möglich[2]. Ein Verzicht auf Unterhalt ist nur dann nichtig, wenn dadurch die Scheidung erleichtert werden soll, z.B. wenn der Ehemann durch den Verzicht zur Herstellung eines Scheidungsgrundes bestimmt wird[3]. Begründet wird die Zulässigkeit der vertraglichen Regelung der Unterhaltspflicht auch vom RG. ausdrücklich damit, dass der Unterhaltsanspruch nicht ein Anspruch familienrechtlichen Charakters, sondern ein schuldrechtlicher Anspruch besonderer Art sei[4].

Auch die Tatsache, dass dem Unterhaltsvertrag zwischen geschiedenen Ehegatten die clausula rebus sic stantibus innewohnt[5], ist nicht ein Zeichen dafür, dass es sich hier um

---

1) LZ. 1924 S.737; JW. 1913 S.128.
2) § 1614 ist nicht für anwendbar erklärt; vgl.JW. 1916 S.574.
3) Warn. 1914 Nr.273.
4) Warn. 1920 S.114; weitere Entscheidungen, die den Unterhaltvertrag für zulässig erklären: Recht 1920 Nr.2267; JW. 1913 S. 16, 1932 S. 3813.
5) Warn. 1923 S.42 trägt der Aenderung der Verhältnisse durch die Geldentwertung Rechnung, Warn. 1925 S.103 der Aenderung durch Verminderung des Diensteinkommens und durch Wiederverheiratung. RG. Bd.145 S.119 lässt aber eine Aenderung der Verhältnisse unberücksichtigt, wenn diese im Unterhaltsvertrag nicht ausdrücklich in Rechnung gestellt und wenn in dem Vertrag für einige besondere Fälle Vorsorge getroffen wurde.

ein familienrechtliches Gemeinschaftsverhältnis handelt; denn die cl.r.s.st. ist ein Merkmal, das allen Dauerschuldverhältnissen eigen ist.

Da die geschiedenen Ehegatten durch keine Gemeinschaft mehr verbunden sind, braucht die Frau nicht mehr den Namen des Mannes tragen (§ 1577 Abs.2 S.1). Ein Vertrag, durch den die Frau sich verpflichtet, ihren Mädchennamen wieder zu führen, ist darum zulässig[1]. Das RG. will sogar anerkennen[2], dass der Mann auf sein aus § 1577 Abs.3 erwachsenes Recht, der Frau die Führung seines Namens zu untersagen, vertraglich verzichten könne . Dies geht aber zu weit. Die Führung desselben Namens durch die Ehegatten ist ein Ausdruck für ihre Gemeinschaft. Wenn diese Gemeinschaft nicht mehr besteht, so darf der an der Scheidung schuldlose Mann nicht gezwungen werden, den Schein der Gemeinschaft anzuerkennen und der Frau die Führung des Namens zu überlassen. Der Mann wird durch eine solche Vereinbarung nicht gebunden. Wie es nicht möglich ist, eine Gemeinschaft durch willkürlichen Vertrag zu schaffen, so darf es auch nicht erlaubt sein, das äussere Zeichen einer Gemeinschaft durch Vertrag bindend aufrecht zu erhalten.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Rechtsprechung des RG. im allgemeinen dem Grundgedanken, der das Ehescheidungsrecht des BGB durchzieht, richtigen Ausdruck verleiht, dem Grundgedanken nämlich, dass der blosse Wille weder die Ehegemeinschaft schaffen noch sie vernichten kann, sondern dass die Ehe ihren Ursprung im Wesen der Partner hat und dass dieses ihr Wesen darüber entscheidet, ob sie füreinander geschaffen und bestimmt sind oder nicht.

---

1) So auch RG. Bd.86 S.114; Seuff.Arch. Bd.76 S.87.
2) JW. 1917 S.656 Nr.9.

IV. Vertrag und Ehe im neuen Recht.

1. Begriff.

Die Wissenschaft hat im Laufe der Jahrhunderte verschiedene Theorien über das Wesen der Ehe aufgestellt. Unter ihnen heben sich als die wichtigsten zwei Theorien hervor: erstens die Lehre der Katholischen Kirche, dass die Ehe zwar ein Vertrag, zugleich aber ein unlösbares Sakrament sei; zweitens die Lehre des Naturrechts, dass die Ehe nicht eine überirdische Einrichtung, sondern ein rein weltliches Geschäft, ein zivilrechtlicher, jederzeit lösbarer Vertrag sei.

Der erste, der weder diese noch jene Ansicht teilte, ist Hegel[1]. Hegel empört sich über die "Schändlichkeit" der Subsumption der Ehe unter den Vertrag bei Kant[2]. "Denn sie ist gerade diess, vom Vertrags-Standpunkte der in ihrer Einzelheit selbständigen Persönlichkeit auszugehen, um ihn aufzuheben"[3]. Er sieht das Wesen der Ehe darin, dass im Selbstbewusstsein die "nur äusserliche Einheit der natürlichen Geschlechter in eine geistige, in selbstbewusste Liebe, umgewandelt wird"[4]. "Das Sittliche der Ehe besteht in dem Bewusstsein dieser Einheit als substantiellen Zweckes"[5].

Für Hegel ist die Ehe also kein Vertrag, sondern eine Einheit, die durch das Bewusstsein zur "geistigen Einheit", zur "selbstbewussten Liebe" wird. Die Ehevereinigung wird nicht von den Ehegatten geschaffen, sondern sie ist in dem Wesen der Gatten angelegt. Die Gatten brauchen sich ihrer Einheit nur bewusst zu werden. Die Ehe ist geistige, leibliche und seelische Einheit. Sie ist die Gemeinschaft von Mann und Frau.

Diese Erkenntnis Hegels ist im 19.Jahrhundert wieder vergessen worden. Erst heute wieder hat sie sich Bahn

---

1) Vgl. Larenz, Vertrag und Unrecht, 1.Teil, § 1 Einleitung.
2) Rechtsphilosophie § 75 u. § 161 Zusatz: "Roh ist es aber, die Ehe bloss als einen bürgerlichen Kontrakt zu begreifen, eine Vorstellung, die auch noch bei Kant vorkommt, wo dann die gegenseitige Willkür über die Individuen sich verträgt".
3) Rechtsphilosophie § 163.
4) Rechtsphilosophie § 161.
5) Rechtsphilosophie § 163.

gebrochen. Heute wird allgemein der Standpunkt des Aufklärungszeitalters bekämpft, wonach die Ehe ein Vertrag sein soll[1]. Man erblickt in der Ehe nicht einen willkürlichen Vertrag, sondern eine Gemeinschaft.

Der Familienrechtsausschuss der Akademie für das Deutsche Recht nennt die Ehe die dauernde Lebensgemeinschaft zweier Personen verschiedenen Geschlechts[2]. Siebert bezeichnet sie als eine besondere völkische Ordnung, die nicht den allgemeinen Vertragsgrundsätzen untersteht, sondern unbekümmert um den allgemeinen Teil nach ihren eigenen Gesetzen neu gestaltet werden müsse[3]. Mössmer erklärt ausdrücklich, dass die Ehe eine Gemeinschaft nicht nur im soziologischen Sinn, sondern auch im Rechtssinn ist[4].

Es ist nicht ein "unnützer Formulierungsstreit", wenn wir um den richtigen Begriff der Ehe ringen. Denn im Begriff "greifen" wir ihr Wesen und, da ihr wahres Sein zugleich ihr "rechtes" Sein, ihr Recht ist, erfassen wir im Begriff auch das Recht der Ehe.

Wenn wir auf den Mann im Volk hören, so werden wir nicht vernehmen, dass er von der Ehe als einem Vertrag spricht. Höchstens in einzelnen bäuerlichen Kreisen redet man von "Vertrag", denkt aber dabei mehr an die wirtschaftliche Seite der Eheschliessung. Im allgemeinen erblickt man im Vertrag etwas Aeusserliches, Zweckmässiges, Nüchternes, Wirtschaftliches, ein "Geschäft" des wirtschaftlichen Güterverkehrs. Wo es nicht um Vermögenswerte, sondern um persönlichen Zusammenschluss geht, sträubt sich unser Gefühl, von Vertrag zu reden. Wo sich Menschen innerlich zusammenfinden, da sprechen wir von Gemeinschaft[5].

---

1) So besonders H.Lange, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, im NS. Handbuch f.Recht und Gesetzgebung, S.931ff.; Wieacker, D.R.37,S.178ff.; Larenz, Vertrag u. Unrecht, 1.Teil § 1; derselbe, D.R. 1937, S.184; Dietze, Zt.d.Ak.f.D.R. 1936 S.818; F.Mössmer, Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechts, 1935; W.Siebert, Deutsche Rechtswissenschaft Bd.1, "BGB-System und völkische Ordnung", B 1 b.

2) D.R. 1935 S.86ff.

3) Siebert, a.a.O.

4) D.R. 1935 S.85ff.

5) Vgl. F.Tönnies, Gemeinschaft und Gesellschaft, 8.A. 1935, der auf den innerlichen, persönlichen Charakter der Gemeinschaft im Gegensatz zu dem unpersönlichen, äusserlichen Wesen der Gesellschaft hinweist.

Was uns hier das Gefühl sagt, wird die verstandesmässige Ueberlegung bestätigen. Der Vertrag setzt voraus, dass die Einigung der Beteiligten ganz von ihrem Willen abhängt. Der Vertrag geht von den Einzelnen aus, die sich vertragen und zusammenschliessen, er geht von der Zweiheit aus. Die Gemeinschaft dagegen sieht das Ganze, die Einheit. Gemeinschaft ist die gemeine Beschaffenheit, ist das Gemein-Wesen. Wo Menschen so beschaffen sind, dass sie zueinander passen, da ist Gemeinschaft. Wo Gemeinschaft entstehen soll, da muss sie schon in der Anlage der Menschen begründet sein. Die Gemeinschaft ist in der Person vorbestimmt. Nur wo die Persönlichkeiten aufeinander abgestimmt sind, kann Gemeinschaft entstehen. Der Wille hat hier keine andere Bedeutung, als dass er das, was schon keimhaft im Wesen und in der Persönlichkeit des Einzelnen angelegt ist, entfaltet. Wohl ist dort, wo die Menschen eine Gemeinschaft bilden, auch Vertrag. Denn auch sie vertragen sich. Aber dieses Vertragen ist nur die Entfaltung ihres Wesens, ihres Gemeinwesens, ihrer Persönlichkeit, die füreinander geschaffen ist. Das Sich-Vertragen ist hier nur Folge der persönlichen Gemeinschaft.

Damit erkennen wir, inwieweit die Ehe Gemeinschaft und Vertrag ist. Die Ehe ist in erster Linie Gemeinschaft. Denn die Ehegatten schliessen sich zusammen auf Grund ihres zueinander passenden, füreinander geschaffenen und einander verlangenden Wesens.

Aber gerade da sie auf Grund dieser "Gemein-Beschaffenheit" sich zusammenschliessen, ist die Ehe auch Vertrag. Die Ehegatten müssen ihren Willen anstrengen, um die in ihrem Wesen keimhaft angelegte Gemeinschaft zu entwickeln. Sie müssen sich "vertragen", um die Gemeinschaft zu bilden, zu der sie berufen sind.

Die Ehe ist aber nur in zweiter Linie Vertrag, da die Grundlage nicht der Wille zum Zusammenschluss, sondern die Wesensgemeinschaft ist. Die Gemeinschaft ist das Erste, der Vertrag das Zweite. Darum sehen wir das Wesen der Ehe nicht in seiner vollen Wahrheit, wenn wir sie nur als Vertrag anschauen. Die Ehe einen Vertrag zu nennen, ist zu wenig. Ihren vollen Gehalt begreifen wir nur, wenn wir sie als Gemeinschaft begreifen. In der Gemeinschaft begreifen wir den Vertrag mit.

Vom Einzelnen aus betrachtet können wir sagen, dass die Ehe ein derartig inniger Vertrag ist, dass sie sich wandelt in eine Gemeinschaft. Wenn wir aber in dieser Weise vom Vertrag ausgehen, um das Wesen der Ehe zu finden, besteht immer die Gefahr, dass wir ihre Grundlage, ihr eigentliches Wesen übersehen, nämlich die Gemeinschaft.

Indem unsere Zeit in der Ehe nicht einen Vertrag, sondern eine Gemeinschaft erkennt, hat sie wieder zurückgefunden zu dem eigentlichen Wesen der Ehe. Der Irrweg, den das rationalistische Aufklärungszeitalter gegangen ist, erweist sich als notwendiger Umweg zu einer vertieften Auffassung der Ehe. Wir wissen jetzt, dass das Wesen der Ehe auch Vertrag ist, dass sich darin aber nicht ihr ganzer Sinn erschöpft, dass wir weiter gehen und zum Ursprung dieses Sich-Vertragens gelangen müssen, nämlich zur Gemeinschaft. Wir müssen uns aber hüten, in den Fehler zu fallen, dass wir der Ehe völlig den Vertragscharakter absprechen. Wir müssen in der Gemeinschaft zugleich den Vertrag sehen.

Dies hat Siebert übersehen, der sich als Einziger mit der Frage näher befasst hat, ob die Ehe Gemeinschaft oder Vertrag ist und ob für sie das Vertragsrecht oder ein eigenes Recht gilt. Ihm ist wohl der Unterschied von Gemeinschaft und Vertrag aufgegangen, aber nicht deren Einheit, die jedem Unterschied zugrunde liegt. Wohl sieht er, dass die Ehe eine Gemeinschaft, eine "konkrete Ordnung", "eine eigenständige Gemeinschaft innerhalb der Volksgemeinschaft" ist[1], und dass dagegen der Vertrag seine Heimat in dem Gebiet des auf Leistung und Austausch von Gütern gerichteten Rechtsverkehrs hat[2]. Er ist aber diesem Unterschied nicht bis in die tiefsten Gründe nachgegangen und hat darum auch die im tiefsten Grunde bestehende Einheit zwischen Gemeinschaft und Vertrag nicht durchschaut. Darum ist es falsch, mit Siebert die Ehe völlig "unbekümmert um den allgemeinen Teil des BGB", der ein allgemeines Vertragsrecht ist, zu gestalten. Wohl wenden auch wir nicht die allgemeinen Vertragsvorschriften auf die Ehe an, da jene das Recht des blossen Vertrags und nicht das Recht der Gemeinschaft verkörpern. Aber wir sehen die Verwandtschaft,

---

1) Siebert, a.a.O. S.206.
2) Siebert, Zt.d.Akademie f.D.R., 1936, S.93ff.

die zwischen Vertragsrecht und Gemeinschaftsrecht besteht. Darum können wir bei einer Lücke der Ehevorschriften auch die Vertragsvorschriften zu Rate ziehen. Sie zeigen uns, was das Recht des Vertrags ist und inwiefern sich das Recht des innigsten Vertrages, der Gemeinschaft, im besonderen der Ehegemeinschaft davon unterscheidet und eine andere Gestaltung fordert.

2. Das Recht der Ehe.

1. Das Recht der Ehe ist nichts anderes als das wahre Wesen der Ehe. Denn ihr wahres Wesen ist auch ihr rechtes Wesen, ihr Recht. Wir brauchen deshalb, um ihr Recht zu finden, nur ihr wahres Wesen zu entfalten, ihr Wesen, das Gemeinschaft ist und zugleich auch Vertrag. Aus diesem ihrem Wesen können wir auch erkennen, ob die neuen Ehegesetze das wahre Recht der Ehe aussprechen.

Das Wesen der Ehe als Gemeinschaft bedingt, dass die Ehegatten nach ihrer Art zueinander passen müssen. Sie müssen derselben Art und Rasse angehören.

Diese Forderung hat der Nationalsozialismus von Anfang an aufgestellt. Der Führer fordert[1], dass der völkische Staat "in erster Linie die Ehe aus dem Niveau einer dauernden Rasseschande herauszuheben" habe. Der völkische Staat "hat die Rasse in den Mittelpunkt des allgemeinen Lebens zu setzen. Er hat für ihre Reinerhaltung zu sorgen"[2]. Das Programm der NSDAP fordert im vierten Punkt: "Staatsbürger kann nur sein, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse kann nur sein, wer deutschen Blutes ist, ohne Rücksichtnahme auf die Konfession. Kein Jude kann daher Volksgenosse sein". In diesem Programmsatz steckt auch die Forderung, dass der Volksgenosse eine Ehe nur mit einem Angehörigen seines Volkes oder seines Blutes eingehen kann, nicht aber mit Artfremden, besonders mit Juden. Dieser Standpunkt wird auch überall vom neuesten Schrifttum in der Rechtswissenschaft vertreten[3].

Der Nationalsozialismus hat diese seine Einsicht in

---

1) Adolf Hitler, Mein Kampf, 2.Bd. S.444.
2) Adolf Hitler, Mein Kampf, 2.Bd. S.446.
3) So besonders Mösmer, D.R.1931 S.20ff., 1935 S.86ff., 1936 S.229f.; R.Schuhmacher, D.R.1931 S.114ff.; W.Buch, D.R.1934 S.145ff.; Wieacker, D.R.1937 S.178ff.

die Tat umgesetzt und das Eherecht des BGB in grundlegenden Gesetzen neu gestaltet. Im Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15.9.1935 wurde die Eheschliessung zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes verboten und auch der ausserehelichen Verkehr unter Strafe gestellt (§ 1, § 2). Verboten ist überhaupt jede Ehe, aus der eine die Reinerhaltung des deutschen Blutes gefährdende Nachkommenschaft zu erwarten ist[1].

Diese Gesetze geben der Ehe ihr wahres Wesen und Recht. Sie geben dem Gestalt, was die Ehe sein soll: eine wahre Gemeinschaft, eine wahre Lebensgemeinschaft. Gemein-beschaffen, für einander geschaffen müssen die Ehegatten sein, um eine Lebensgemeinschaft bilden zu können. Eine wahre Gemeinschaft ist zwischen Angehörigen verschiedener Rassen nicht möglich. Wenn das Gesetz die Reinerhaltung der Nachkommenschaft als seinen Zweck bezeichnet, so ist damit dasselbe ausgedrückt. Denn die wahre, der Natur entsprechende Gemeinschaft hat auch eine reinrassige, dem Wollen der Natur gemässe Nachkommenschaft zur Folge. Die Ehe von Angehörigen verschiedener Rasse und Art ist keine wahre "Gemein-schaft"; darum kann sie auch nur Kinder hervorbringen, die zwiespältigen Charakters sind und denen die wahre Lebenskraft fehlt. "Das Ergebnis jeder Rassenkreuzung ist immer folgendes: a) Niedersenkung des Niveaus der höheren Rasse, b) körperlicher und geistiger Rückgang und damit der Beginn eines, wenn auch langsam, so doch sicher fortschreitenden Siechtums"[2].

2. Eine zweite Folgerung aus dem Wesen der Ehe als einer Gemeinschaft ist die, dass die Ehegatten gesund sein müssen. Denn eine wahre und lebendige Gemeinschaft können die Ehegatten nur bilden, wenn ihr Leben von keinerlei Krankheit beeinträchtigt ist. Ein Verstoss gegen diese Voraussetzung macht nicht nur ein wahres Gemeinschaftsleben unmöglich, sondern rächt sich auch bitter in den Kindern, die aus dieser Ehe hervorgehen. Darum fordert der Führer[3], dass der Staat dafür Sorge trage, "dass nur wer gesund ist, Kinder zeugt". Auch das

---

1) § 6 der Ausf.V.O. vom 14.11.1935, RGBl. S.1334.
2) Adolf Hitler, Mein Kampf, 1.Bd. S.314.
3) Adolf Hitler, Mein Kampf, 2.Bd. S.446; vgl.auch 1.Bd. S.269ff.

Programm der NSDAP legt entscheidenden Wert auf die Erhaltung der Volksgesundheit, indem es in Punkt 21 dem Staat die Aufgabe zuweist, "für die Hebung der Volksgesundheit zu sorgen durch den Schutz der Mutter und des Kindes". Dass darin auch die Forderung für die Gesunderhaltung der Ehen liegt, ist selbstverständlich[1].

Auch in dieser Beziehung hat der Nationalsozialismus das Recht des BGB durch grundlegende Gesetze vervollständigt, vor allem durch das Gesetz zum Schutze der Erbgesundheit des Volkes vom 18.10.1935 (RGBl. S.1246) und im Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14.7.1933 (RGBl. S.529). Wer erbkrank ist, ist unfruchtbar und damit zur Ehe untauglich zu machen. Eine Ehe ist wegen Eheuntauglichkeit verboten und nichtig, wenn einer der Verlobten erbkrank ist, wenn er an einer schweren ansteckenden Krankheit leidet, wenn er entmündigt oder unter vorläufige Vormundschaft gestellt oder wenn er sonstwie geistig gestört ist. Die Verlobten haben vor der Eheschliessung ihre Gesundheit durch ein Zeugnis nachzuweisen.

In den Rasse- und Erbgesundheitsgesetzen ist dem Gemeinschaftscharakter der Ehe so tief Rechnung getragen worden, dass das geltende Eherecht nicht einmal mehr den Schein eines Vertragsrechtes trägt. Der Einzelne kann nicht mehr die Ehe eingehen, mit wem es ihm beliebt. Er kann sie nur noch mit einem Partner schliessen, mit dem er in wahrer und lebendiger Gemeinschaft - und darum auch in erbgesunder Rassegemeinschaft - steht. Nicht das Belieben und die Willkür sind massgebend wie beim Vertrag, sondern die Persönlichkeit und das Wesen, das allein bestimmt, ob eine Ehe möglich ist.

3. Aus dem Wesen der Ehe ergeben sich für die Gestaltung des Eherechts noch weitere Forderungen.

a) Es muss - im Gegensatz zum Eherecht des BGB - klar zum Ausdruck gebracht werden, dass die Ehegatten eine Rechtsgemeinschaft bilden. Hierin kann das Schweizerische Zivilgesetzbuch zum Vorbild dienen. Während das BGB immer nur von den einzelnen gegenseitigen Rechten und Pflichten der Gatten spricht, setzt das ZGB die Gemeinschaft in den Vordergrund und

---

1) Diese Forderung wird auch vom Schrifttum der neuen Zeit vertreten, vgl. die oben S.76 Anm.3 bez.Schriftsteller.

leitet aus ihm alle einzelnen Rechte ab. Nach Artikel 159 ZGB bilden die Ehegatten eine Gemeinschaft im Rechtssinn. Der Ehemann ist Haupt der Gemeinschaft (Art.160). Die Frau hat den Mann in seiner Sorge für die "Gemeinschaft" nach Kräften zu unterstützen (Art.161). Der Mann vertritt die "Gemeinschaft" nach aussen (Art.162 Abs.1). Damit kommt deutlich zum Ausdruck, dass die Ehe eine Rechtsgemeinschaft ist und der einzelne Ehegatte nur Glied dieser Gemeinschaft. So wird der falsche Schein vermieden, den die Regelung des BGB erweckt, der Schein, dass die Ehegatten einander gegenüberstehen wie die Parteien eines schuldrechtlichen Vertragsverhältnisses und dass sie wie diese gegeneinander Ansprüche haben um ihrer selbst, nicht um der Gemeinschaft willen.

b) Des weiteren setzt eine wahre Ehegemeinschaft voraus, dass die Ehegatten die nötige körperliche und geistige Reife haben. Das BGB verlangt nur ein bestimmtes Alter. Diese Voraussetzung genügt nicht. Die Ehegatten müssen wirklich zur Ehe tauglich sein. Der Mann muss einen Beruf haben, durch den er für sich und seine Familie den nötigen Unterhalt beschaffen kann. Die Frau muss die nötigen Fähigkeiten und Kenntnisse besitzen, um ihre hausfraulichen und mütterlichen Aufgaben erfüllen zu können[1].

c) Ferner müssen die Ehegatten ihre staatsbürgerlichen Pflichten erfüllt haben, so besonders der Mann die Arbeitsdienst- und Wehrpflicht. Dies ergibt sich auch aus dem Wesen der Ehe. Denn die Ehe ist nicht eine Gemeinschaft, die in keinem Zusammenhang mit der Volksgemeinschaft steht, sondern sie ist eingegliedert in das Gefüge der grösseren Gemeinschaft. Die Gemeinschaft der Ehegatten ist ein Glied der Volksgemeinschaft. Wie das Glied nur dann wirken kann, wenn der ganze Leib gesund ist, so kann auch die Ehegemeinschaft nur dann wahrhaft bestehen, wenn sie sich in die Volksgemeinschaft eingliedert und deren Wohl fördert.

Wenn wir fordern, dass die Ehegatten nicht nur ihre sonstigen staatsbürgerlichen Pflichten, sondern gerade auch ihre ehelichen Pflichten im Hinblick auf die Volksgemeinschaft erfüllen müssen, so drücken wir damit dasselbe aus wie

---

1) Vgl. Mössmer, D.R.1931 S.20ff.

mit der Forderung nach Verwirklichung einer wahren Ehegemeinschaft. Die Volksgemeinschaft wird dann gefördert, wenn die Ehegemeinschaft ihrem wahren Wesen gemäss gestaltet wird. Das Wohl des Ganzen wird gefördert, wenn das Glied sich selbst so ausbildet, wie es sein soll.

d) Die Wirklichkeit der ehelichen Gemeinschaft besteht darin, Kindern das Leben zu schenken und sie aufzuziehen. Dies ist keine Pflicht, die auf Vertrag beruht. Ein äusserliches Vertragsverhältnis kann nicht die innige Gemeinschaft schaffen, die zur Erfüllung dieser Aufgabe gehört. Auch ist es nicht bloss eine "Pflicht", die den Ehegatten aus ihrer Gemeinschaft entspringt, sondern es ist mehr, es ist der wesentliche Inhalt der ehelichen Gemeinschaft, mit dem sie steht und fällt. Hier ist Sein und Sollen noch ursprünglich verbunden.

Wohl kann man von einer Pflicht der Ehegatten zur Zeugung und Aufziehung von Kindern sprechen[1]. Aber wie wir unser Leben auch nicht bloss aus Pflichtgefühl erhalten, sondern aus dem ursprünglichen Drang zum Leben, so ist auch die Fortpflanzung des Lebens nicht bloss die Erfüllung einer Pflicht, sondern der Ausfluss unseres Lebensgefühls.

Echte schuldrechtliche Pflichten gibt es nur dort, wo ein Vertragsverhältnis besteht. Denn einen Vertrag schliessen die Menschen nur dann, wenn sie nicht schon ursprünglich durch eine Gemeinschaft verbunden sind, die ihren Handlungen die Richtung weist. Ein Vertrag setzt voraus, dass die Menschen einander völlig unverbunden gegenüberstehen. Nur weil sie sich einander nichts schulden, können sie sich freiwillig verpflichten. Nur wo die Menschen nicht miteinander verbunden und deshalb einander zu nichts verpflichtet sind, wird eine Pflicht, die freiwillig übernommen wird, wirklich als Verpflichtung und Belastung empfunden. Wo aber die Menschen schon ursprünglich durch ihre Wesensgemeinschaft verbunden sind, da werden die aus der Gemeinschaft entspringenden Pflichten nicht als solche empfunden, denn sie sind Ausfluss des Wesens und ihre Erfüllung ist der Inhalt des Lebens. Erscheint es uns deshalb zu wenig, nur von einer "Pflicht" zur Erzeugung und Erziehung von Kindern zu reden, so nur deshalb, weil diese mehr ist als bloss Pflicht, weil sie

---

1) Vgl. z.B. ALR. II, 1 § 1 (oben S.27).

der Inhalt des ehelichen Gemeinschaftslebens und Ausfluss der ehelichen Wesensgemeinschaft ist.

Dieser wesentliche Inhalt der ehelichen Gemeinschaft muss auch im Gesetz zum Ausdruck kommen[1]. Das BGB hat ganz davon geschwiegen, wohl deshalb, weil es ihm anstössig war, hier von einer "Pflicht" zu reden. Es hat damit insoweit recht gehabt, als es davon ausging, dass die Ehe nicht ein Vertragsverhältnis ist und deshalb die Ehegatten nicht bloss eine äusserliche Pflicht zur Erzeugung und Erziehung von Kindern übernehmen. Es war aber nicht richtig, deshalb diesen Hauptinhalt der ehelichen Gemeinschaft völlig mit Schweigen zu übergehen. Erst das Kind gibt der ehelichen Lebensgemeinschaft Sinn und Inhalt. Ihr wahres und rechtes Wesen, ihr wirkliches Recht ist erst dann erkannt, wenn die Schöpfung neuen Lebens als ihr wesentlicher Inhalt gesehen wird. Da dies dem wahren Wesen der Ehe entspricht, ist es eine Verpflichtung der Ehegatten gegen sich selbst und gegeneinander ebenso wie gegenüber der Volksgemeinschaft, da sie in allem, was sie tun, als Glieder des Ganzen handeln und handeln sollen.

e) Dass das Wesen der Ehe Gemeinschaft ist, hat die nationalsozialistische Gesetzgebung auch durch das Gesetz vom 23.11.1933 (RGBl. S.929) zu erkennen gegeben. Nachdem durch dieses Gesetz eingefügten § 1325a BGB ist eine Ehe nichtig, die ausschliesslich oder vorwiegend zu dem Zweck geschlossen wird, der Frau die Führung des Familiennamens des Mannes zu ermöglichen, ohne dass die eheliche Lebensgemeinschaft begründet werden soll. Mit diesem Verbot der "Namensehe" ist klargestellt, dass die Ehe eine Lebensgemeinschaft bedeutet und dass sie nicht zu einem Vertragsverhältnis herabgewürdigt werden darf, auf Grund dessen die Partner einzelne Rechte wie das Recht der Namensführung gegeneinander erwerben. Die Namensehe entbehrt des wesentlichen Inhalts der Ehe, nämlich des ehelichen Gemeinschaftslebens[2].

f) Auch in den vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten muss der Gemeinschaftscharakter der Ehe völlig zum

---

1) Vgl. Eben-Servaes, D.R.1935 S.91ff.; ferner die Begriffsbestimmung der Ehe durch den Familienrechtsausschuss der Ak.f.D.R., die die Erzeugung und Erziehung von Kindern ausdrücklich als Zweck der Ehe anführt: D.R.1935 S.889.

2) Massfeller, Ztschr.d.Ak.f.D.R. 1935 S.763ff.; vgl.RG. Bd.148 S.188.

Ausdruck gelangen. Das BGB hat als Normalfall den Güterstand der Verwaltung und Nutzniessung des Ehemanns aufgestellt. Das entspricht nicht dem wahren Recht der ehelichen Gemeinschaft. Denn bei diesem Güterstand kommt der Erwerb der Ehegatten nicht beiden gemeinsam, sondern dem Manne allein zugut. Es bleibt unberücksichtigt, dass die Frau dadurch, dass sie den Haushalt besorgt, die Voraussetzung für die Erwerbstätigkeit des Mannes ausserhalb des Hauses schafft. Was der Mann ausserhalb des Hauses verdient, ist auch auf die Tätigkeit der Frau zurückzuführen. Wenn das BGB im gesetzlichen Güterstand den Verdienst des Mannes diesem allein zuweist, lässt es einfach die Tätigkeit der Frau, die durch ihre Arbeit im Haushalt den Erwerb und damit die Vermögenszunahme mit herbeigeführt hat, ausser Acht.

Der Arbeitsgemeinschaft der Ehegatten entspricht es, dass die Früchte dieser Arbeit ihnen gemeinsam zufliessen. Darum empfiehlt es sich als normalen, gesetzlichen Güterstand die Errungenschaftsgemeinschaft oder nach schweizerischem Vorbild (Art.214 ZGB) die Zugewinnstgemeinschaft (Verteilung des Vermögenszugewinnstes nach der Auflösung der Ehe auf die Ehegatten bezw. deren Erben) einzuführen[1].

Daneben ist es den Ehegatten freizustellen, ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Ehevertrag zu regeln. Wenigstens sollte die Gütertrennung möglich bleiben, besonders für den Fall, dass ein Ehegatte ein Handelsgeschäft betreibt[2].

g) Die neue Auffassung vom Wesen der Ehe hat auch schon in einer Entscheidung des RG. ihren Ausdruck gefunden[3]. Das RG. betont den Gemeinschafts- und Pflichtgedanken und legt deshalb dem Ehemann die Verpflichtung auf, sich zusammenzunehmen und seiner Stimmungen Herr zu werden. Das Wesen der Ehe sei nicht eine private Angelegenheit der gerade beteiligten Ehegatten, sondern beruhe darin, dass sie eine Aufgabe im Dienst der Volksgemeinschaft zu erfüllen habe, nämlich die Aufgabe der Erhaltung und Förderung von Volkstum und Kultur.

Dieser Entscheidung liegt das zugrunde, was wir über

---

1) Gfrörer, D.R.1934 S.151ff.; Lange, D.R.1935 S.82ff.; W.Felgenträger, D.R.1935 S.88ff.; D.Steinhaus, Ztschr.d.Ak. f.D.R. 1936 S.319.
2) Vgl. Felgenträger, a.a.O.
3) RG. JW.1935 S.372.

das Verhältnis von Freiheit und Gebundenheit, vom Vertrag und Gemeinschaft im Recht der Ehe gefunden haben. Es liegt nicht in der Hand der Ehegatten, zu tun und zu lassen was sie wollen, wie es Vertragsgenossen können; sondern ihre Wesensgemeinschaft bedeutet für sie die Verpflichtung, ihr Leben darnach einzurichten und einander Treue zu halten. Durch ihr Wesen sind sie aneinander gebunden. Durch ihr Wesen sind sie auch an ihr Volk gebunden. Darum sind sie sowohl gegeneinander wie auch gegenüber ihrem Volk verpflichtet, ein echtes eheliches Gemeinleben zu führen. Denn dieses ist das wahre und rechte Leben, das Recht und die Pflicht des Einzelnen wie auch das Recht des Volkes. Was das Leben des Gliedes ist, ist auch das Leben des Volkes. Die Pflicht gegenüber der Volksgemeinschaft ist auch immer Pflicht gegen sich selbst, da das Ganze nicht ohne das Glied besteht und umgekehrt.

3. Insbesondere das Recht der Ehescheidung.

Die Eherechtsreform hat sich besonders mit dem Ehescheidungsrecht als einer vordringlichen Frage beschäftigt. Die neue Auffassung vom Wesen der Ehe hat deshalb hier ihre deutlichsten Aeusserungen gefunden.

Die Reformbestrebungen gehen von der Auffassung aus, dass die Ehe grundsätzlich unauflösbar ist, dass sie aber dann geschieden werden kann und soll, wenn die eheliche Gemeinschaft zerrüttet ist. Dabei wird im Gegensatz zum Recht des BGB gefordert, dass es nicht allein darauf ankommen soll, ob die Zerrüttung auf dem Verschulden eines Ehegatten beruht. Die Ehe soll auch dann geschieden werden können, wenn eine Gemeinschaft wegen unverschuldeter Krankheit oder wegen charakterlicher oder sonstiger Wesensverschiedenheit unmöglich ist. Allein massgebend soll sein, ob die Ehegatten kraft ihres Wesens noch zueinander passen oder ob eine Wesensgemeinschaft zwischen ihnen nicht oder nicht mehr besteht. Nicht dagegen soll entscheidend sein, ob die Gemeinschaft durch Schuld zerbrochen ist[1].

1) Vgl. Mössmer, Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechts 1935; derselbe, D.R.1931 S.20ff., 1935 S.86ff., 1936 S.229f.; Gfrörer , D.R.1934 S.145ff.; Lange, Nats.u.bürg.Recht 1934, XIII; Schneider, D.R.1937, S.142ff.; Wieacker, D.R.1937 S.178ff.; Larenz, D.R.1937 S.184ff.; Entw.e.neuen E.sch.R., D.R.37 S.251ff (Gemeinschaftsarbeit des NSRB.)

Diese Auffassungen werden dem Wesen der Ehe gerecht. Die Ehe ist grundsätzlich unlösbar, weil sie Gemeinschaft ist. Sie wurzelt in der Wesensgemeinschaft der Ehegatten. Diese beruft die Gatten dazu, ihr Leben miteinander zu führen. Die eheliche Verbindung beruht nicht auf dem Belieben der Ehegatten, sondern auf ihrem Wesen und ihrer Art. Sie ist nur die Verwirklichung der in ihrem Wesen angelegten Gemeinschaft. Darum kann die Ehe, wo diese Gemeinschaft des Wesens und der Art besteht, nicht mehr geschieden werden. Die Gemeinscheft ist eine Aufgabe, die die Ehegatten mit allen Kräften zu verwirklichen haben. Es liegt nicht in dem Belieben der Ehegatten, sich dieser Aufgabe zu entziehen und die Lebensgemeinschaft zu lösen. Die Unlösbarkeit der Ehe ist der deutlichste Ausdruck dafür, dass die Ehe kein Vertrag ist.

Die Ehe kann nur dann geschieden werden, wenn sich ihre Voraussetzungen als falsch erwiesen haben, nämlich wenn die Partner nicht zueinander passen, wenn sie mit ihrem Wesen nicht füreinander geschaffen sind, wenn sie also keine Gemeinschaft bilden.

Dies wurde vom BGB nicht als der eigentliche Grund der Ehescheidung erkannt, weil es überhaupt nicht das Wesen der Ehe voll durchschaut hat. Das BGB geht davon aus, dass jeder Mann mit jeder Frau eine eheliche Gemeinschaft eingehen kann. Deshalb kann nach seiner Ansicht eine Zerrüttung der Gemeinschaft nur auf dem Mangel des guten Willens, also auf Verschulden beruhen.

Die Voraussetzung des BGB ist falsch. Nur die Menschen, die von derselben Art und Rasse, die "gemein-beschaffen" sind, können sich zur Ehe zusammenschliessen. Wenn die Ehegatten von verschiedener Art sind und nicht zusammenpassen, dann können sie auch beim besten Willen keine Lebensgemeinschaft bilden. Darum braucht eine Zerrüttung der ehelichen Gemeinschaft nicht notwendig auf dem Verschulden eines Ehegatten beruhen. Die Zerrüttung der Ehe kann ihren Grund auch in der blossen Tatsache haben, dass es an der Wesensgemeinschaft, an der "Gemeinbeschaffenheit" fehlt.

Dementsprechend stellen auch die bis jetzt veröffentlichten Reformvorschläge auf die "objektive Zerrüttung"

der Ehe, nicht auf ein Verschulden ab[1]. Ihnen liegt erkenntlich der Gedanke zugrunde, dass die Ehe eine Gemeinschaft, nicht ein Vertrag ist.

Aus diesem Grunde wird ferner mit Recht vorgeschlagen, dass die Ehe in gewissen Fällen sogar gegen den Willen der Ehegatten - auf Antrag des Staatsanwalts - zu scheiden ist, vor allem dann, wenn die Ehegatten ihre Gemeinschaft dazu benützen, um ein unsittliches oder verbrecherisches Leben zu führen[2].

Wenn das Verschuldensprinzip des BGB damit verteidigt wird[3], dass es dem Bewusstsein der Verantwortlichkeit, der heroischen Lebensauffassung entlehnt ist, so ist dem wohl recht zu geben. Aber damit, dass man die Scheidung von der objektiven Zerrüttung der Ehegemeinschaft abhängig sein lässt, nimmt man den Ehegatten nicht die Verantwortlichkeit. Die Ehegatten bleiben nach wie vor dazu berufen, die in ihnen liegende Gemeinschaft zu verwirklichen. Die Gemeinschaft ist immer auch Vertrag. Die Ehegatten müssen sich miteinander vertragen. Nur wo dies auch beim besten Vertrags-Willen nicht möglich ist, weil die Verschiedenheit des Wesens es nicht gestattet, da soll die Ehe geschieden werden können.

Das Prinzip der "objektiven Zerrüttung" entspringt nicht einer fatalistischen, sondern einer heroischen Lebensauffassung, die dort kämpft und sich müht, wo sie etwas erreichen, die aber sich selbst ein Mass setzt, wo sie etwas nicht erreichen kann, weil ihr die Natur Schranken setzt. Als Schranke ist dem Menschen von Natur aus gesetzt, dass er nicht mit jedem beliebigen anderen Menschen eine Gemeinschaft begründen kann, sondern nur mit dem, der seines Wesens und seiner Rasse ist.

---

1) Vorschlag des Familienrechtsausschusses der Ak.f.D.R., veröffentlicht bei F.Mössmer, Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechts 1935; Vorschlag des NSRB., D.R.1937 S.178, S.251ff. Vgl. auch Art.142 Schw.ZGB, wo Scheidung bei blosser Zerrüttung möglich ist; es wird nicht wie beim BGB ein Verschulden vorausgesetzt, sondern nur, ob die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft den Ehegatten noch zumutbar ist oder nicht, womit es aber zu einseitig auf den Einzelnen abstellt.

2) Mössmer, Neugestaltung des Ehescheidungsrechts X; Larenz, D.R.1937 S.184; Mössmer, D.R.1935 S.86ff.

3) Scholtz, Ztschr.d.Ak.f.D.R. 1936 S.317.

6. Kapitel. Vertrag und Verlobung.

1. Geschichte.

Die Verlobung war im alten deutschen Recht[1] ein Teil der Eheschliessung. Ursprünglich war die Eheschliessung ein einheitlicher Vorgang. Die Braut wurde dem Bräutigam angetraut, wogegen der Bräutigam oder dessen Sippe eine Summe an die Brautsippe zahlte. Seit der fränkischen Zeit spaltete sich die Eheschliessung in zwei Geschäfte, in die Verlobung, die das Verpflichtungsgeschäft darstellte, und die Trauung, die in der Uebergabe der Braut an den Bräutigam bestand.

Die Verlobung war entweder ein Realvertrag: Der Bräutigam zahlte den Kaufpreis (später nur noch ein symbolisches Angeld, die Arrha) und verpflichtet dadurch den Muntwalt der Braut zu deren Trauung. Oder es wurde die Verlobung in der Form des Wettvertrages vorgenommen. Der Bräutigam verpflichtete sich durch Ueberreichung einer Wadia zur Zahlung des Kaufpreises. Im Laufe der Zeit vermischten sich dann Arrha und Wadia miteinander. Auch trat die Braut an die Stelle des Muntwalts und schloss selbst die Verlobung mit dem Bräutigam ab.

Dieses deutsche Eherecht wurde vom kanonischen Recht verdrängt, nach dem allein die Willensübereinstimmung der Brautleute die Ehe begründete. Man unterschied zwar später zwischen den sponsalia de futuro und den sponsalia de praesenti. Doch konnten die sponsalia de futuro durch die copula carnalis in eine Ehe umgewandelt werden. Dies war erst seit dem Dekret Tametsi unmöglich; dieses schrieb die Abgabe der Eheschliessungserklärung vor dem Pfarrer und 2 Zeugen zwingend vor.

Das protestantische Eherecht erklärte alle unbedingt abgeschlossenen Verlöbnisse für Ehen, um die durch die Unterscheidung der sponsalia eingetretene Gefahr der heimlichen Ehe zu beseitigen. Nur die unter einer Bedingung abgeschlossenen sponsalia de futuro wurden als Verlöbnisse behandelt. Die sponsalia de praesenti waren aber nur ein Teil des Eheschlusses.

---

1) vgl. Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5.A.1930 S.632ff.; Schroeder-Künssberg, Lehrb.d.dt.Rechtsgeschichte, 7.A. 1932, S.75, 331ff, 804f.

Vollendet aber wurde die Ehe erst mit der copula carnalis. Es wurde jedoch verlangt - wenn auch nicht zwingend - , dass die Verlobten sich durch den Pfarrer zusammengeben liessen. Im 18.Jahrhundert verlegte man unter dem Einfluss von J.H. Böhmer den ehebegründeten Akt ganz in die Trauung durch den Geistlichen. Die Willensübereinstimmung der Brautleute hatte nur noch vorbereitende Bedeutung. Damit hatte die Verlobung ihr heutiges Gesicht erhalten.

Während die Verlobung im alten deutschen Recht ein Teil der Eheschliessung war und ähnliche Bedeutung hatte wie die heutige Erklärung der Brautleute vor dem Standesbeamten, ist sie heute nur noch das Versprechen der künftigen Ehe. Sie gilt auch dann nicht als Eheschliessungserklärung, wenn durch die copula carnalis die tatsächliche Lebensgemeinschaft begründet wird. Sie ist nur noch vorbereitender Natur.

2. Der Begriff.

J.H. Böhmer und die anderen Naturrechtslehrer sahen - entsprechend ihrer Auffassung von der Ehe als einem Vertrag - in der Verlobung einen schuldrechtlichen Vorvertrag (pactum de contrahendo), des Inhalts, dass sich die Verlobten gegenseitig verpflichteten, die Ehe miteinander zu schliessen. Dieses war die allgemeine Ansicht im gemeinen Recht, der sich auch das RG anschloss. Das RG vertrat in der Zeit vor dem BGB die Auffassung, dass die Verlobung ein Vertrag sei, durch den eine Obligation zur Eheschliessung erzeugt werde, ein echtes pactum de contrahendo[1]. Jedoch räumt es ein, dass daneben ein dauerndes persönliches Verhältnis begründet wird.

Koch, der Kommentator des ALR, hielt das Verlöbnis für einen familienrechtlichen Vorvertrag[2]. Die Verlobung ist nach seiner Ansicht ein Vertrag, durch den ein familienrechtliches Verhältnis gebildet wird, das zur Eheschliessung führen soll. Ebenso sieht Mitteis[3] in der Verlobung einen personenrechtlichen Vertrag.

---

1) RG Bd.20 S.234, Bd.23 S.177, Bd.29 S.98.
2) Komm. zum ALR S.26 zu § 112.
3) Familienrecht 3.Aufl.1931,S.9ff.

Das BGB selbst hat sich über das Wesen der Verlobung nicht ausgesprochen. Jedoch bestimmen die Motive[1] den Begriff des Verlöbnisses dahin, dass es ein auf die künftige Schliessung einer Ehe gerichteter Vertrag ist.

Seit der Herrschaft des BGB hat das RG nicht mehr den extremen Standpunkt vertreten, dass das Verlöbnis ein schuldrechtlicher Vertrag sei[2]. In der E. RG Bd.61 S.271 bezeichnet es das Verlöbnis als familienrechtlichen Vertrag. Nach der Entscheidung RG Bd.80 S.88 soll der Inhalt des Verlöbnisvertrages nicht unmittelbar die Verpflichtung zur Heirat, sondern das Versprechen gegenseitiger Verheiratung und die behufs seiner Verwirklichung zunächst erfolgende Begründung des Brautstandes sein. In der E. RG 105 S.245 nennt es die Verlobung ein Treugelöbnis. In einer ganzen neuen E. (JW. 36 S.863) bestätigt es wieder die Auffassung, dass das Verlöbnis ein Vertrag sei.

Stutz[3] hält zwar die Verlobung selbst für einen Vertrag; der Inhalt des Verlobungsvertrages sei aber nicht die Verpflichtung zur Eheschliessung, sondern nur die Begründung des Brautstandes,"die Verbindung von Mann und Frau zu beschränkter, den Abschluss der Ehe zwischen ihnen vorbereitender Lebensgemeinschaft".

Für die Auffassung, dass das Verlöbnis ein Vertrag sei, durch den sich die Ehegatten die künftige Eheschliessung versprechen, treten auch das RGRKomm. und die Kommentare von Planck und Staudinger ein[4].

Andere sehen in der Verlobung nicht einen Rechtsakt, sondern nur eine tatsächliche Verbindung, wie etwa ein Freundschaftsbund oder ähnliches. Der durch die Verlobung begründete Brautstand sei kein Rechtsverhältnis, sondern nur ein tatsächliches Verhältnis[5].

---

1) Motive Bd.4 S.1.
2) vgl. H.Mitteis, Die Ehe in der Rechtsprechung des RG., Die Reichsgerichtspraxis, 3.Bd. S.180ff.
3) Stutz, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses, 1900.
4) RGRK. Anm.1 zu § 1297; Planck Vorbem.v.§ 1297, Anm.1, Staudinger Vorbem.II vor § 1297, der auch die übrige Literatur anführt; ebenso Enneccerus-Wolff 7.B., S.15,19.
5) So besonders Lehmann, Familienrecht 1926 S.25ff., der die Verlobung einen"rein sozialen Vertrag"nennt, und die bei Staudinger a.a.O. angeführten Schriftsteller.

Erst in den letzten Jahren wird eine neue Anschauung vertreten. Siebert[1] erblickt in dem Verlöbnis ein in der Familienordnung liegendes personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis. Das Verlöbnis sei weder ein Vertrag noch ein bloss tatsächliches Verhältnis, sondern ein eigenartiges Rechtsverhältnis, ein Gemeinschaftsverhältnis.

Klärung in diesen Streit bringt nur ein Blick auf das Verhältnis, das durch die Verlobung vorbereitet wird, nämlich auf die Ehe. Die Ehe ist, wie wir gesehen haben, nicht ein blosses Vertragsverhältnis, sondern eine Gemeinschaft. Denn sie beruht auf der Wesensgemeinschaft der Ehegatten. Nicht anders kann die Natur der Verlobung sein. Auch sie ist nicht ein blosser Vertrag und der durch die Verlobung begründete Brautstand ist nicht ein blosses Vertragsverhältnis. Verloben, d.h. ihre ganze Person einander für das Leben angeloben und verbinden können nur die, die in ihrem Wesen zueinander passen. Die Verlobung ist nichts anderes, als die Verwirklichung der in ihnen angelegten Gemeinschaft. Dass sie sich verloben, ist nicht der Grund, sondern die Folge ihrer inneren Gemeinschaft. Das Verlöbnis ist darum in erster Linie Gemeinschaft, nicht Vertrag.

Wohl ist das Verlöbnis noch nicht vollkommene Lebensgemeinschaft wie die Ehe, sondern ein Gemeinschaftsverhältnis, das noch auf dem Wege zu seiner völligen Verwirklichung ist. Aber die Verlobung ist das erste Zusammenfinden zur Gemeinschaft; der Brautstand ist eine Gemeinschaft im Werden, ist die werdende Ehegemeinschaft, ist der Ehestand im Zustand des nasciturus. Wie es im Verhältnis zum Hauptvertrag einen Vorvertrag geben kann, so ist das Verlöbnis die Vorgemeinschaft zur vollkommenen Gemeinschaft, zur Ehegemeinschaft.

Indem sich die Partner verloben, finden sie sich zur Gemeinschaft zusammen, zu einer Gemeinschaft, die die Vorstufe zur vollendeten Gemeinschaft ist. Weil sie sich bewusst zusammenschliessen, ist die Verlobung auch ein Vertrag. Sie ist auch Eheversprechen und Verpflichtung zur künftigen Eheschliessung. Die Verlobung ist aber mehr als blosser Vertrag, sie ist Begründung einer Lebensgemeinschaft. Darum erfassen wir nicht das ganze Wesen der Verlobung, wenn wir sie nur Vertrag nennen.

---

1) Siebert, BGB-System und völkische Ordnung, B I a, in "Deutsche Rechtswissenschaft" 1.Bd. 1936.

Nicht die Willkür und das Belieben begründen das Verlöbnis, sondern die Wesensgemeinschaft der Partner führt sie zur Verlöbnis und auf dem Weg über das Verlöbnis zur Ehe.

Das Wort Vertrag drückt eben nicht den tief innerlichen, persönlichen Charakter aus, der in der Gemeinschaft liegt. Das mag viele davon abgestossen haben, die Verlobung als Vertrag zu bezeichnen, und mag sie dazu geführt haben, überhaupt auf einen Rechtsbegriff zu verzichten und das Verlöbnis als ein rein tatsächliches Verhältnis hinzunehmen. Ein solches bloss tatsächliches Verhältnis aber, das nicht zugleich Rechtsverhältnis ist, gibt es nicht, da alles menschliche Tun unter dem Urteil des Rechts steht. Die Anhänger der Tatsächlichkeitstheorie haben wohl richtig gefühlt, dass der Begriff "Vertrag" nicht für die Verlobung passt. Sie haben aus dieser Verlegenheit keinen anderen Ausweg gefunden als den Verzicht auf jeden Rechtsbegriff. Es ist derselbe Grund, der das BGB und das RG davon abgehalten hat, eine Begriffsbestimmung für die Ehe zu geben, und der das RG veranlasst hat, in der Ehe weniger ein Rechtsverhältnis als ein sittliches Verhältnis zu sehen. Der Zeit des BGB war eben der Begriff der Gemeinschaft noch nicht aufgegangen.

3. Das Recht des Verlöbnisses.

1. Das BGB kennt nur wenige Vorschriften über das Verlöbnis. Es ist deshalb auch schwierig, zu erkennen, welche Anschauung der Regelung des BGB zugrunde liegt. Dies ist der Grund dafür, dass in der Wissenschaft um die Rechtsnatur des Verlöbnisses besonders heiss gestritten wurde. Nach § 1297 Abs.1 BGB kann aus einem Verlöbnisse nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden. Dies steht im Gegensatz zum typischen Vertragsrecht. Aus einem echten Vertrag kann immer auf die Leistung, zu der sich die Vertragsparteien verpflichtet haben, geklagt werden. Die Leistungen, die durch Vertrag übernommen werden können,- es sind, wie wir gesehen haben, immer nur Vermögensleistungen - sind grundsätzlich erzwingbar. Denn der Persönlichkeit als solcher wird nicht Gewalt angetan, wenn sie gezwungen wird, einen anderen an ihrem äusseren Sachbesitz teilhaben zu lassen. Die Einlösung des Eheversprechens dagegen kann nicht erzwungen werden, weil man

niemanden zur persönlichen Hingabe zwingen kann.

Es ist gerade das Wesen der Gemeinschaft, dass sie sich freiwillig bildet. Die Notwendigkeit eines Zwanges ist immer ein Zeichen dafür, dass eine Wesensgemeinschaft nicht besteht. Daher ist, wie wir festgestellt haben, der Zwang bei bestehender Ehe, unzulässig. Dies gilt noch mehr vom Verlöbnis. Hier ist schon der Zwang, der in der Klage und dem darauf erfolgenden Urteilsspruch liegt, unerlaubt. Die Verlöbnisgemeinschaft ist eben erst entstehende Gemeinschaft. Sie ist noch nicht so kräftig wie die Ehegemeinschaft. Wohl begründet auch schon das Verlöbnis die Verpflichtung zurkünftigen ehelichen Gemeinschaft[1]. Aber sie ist noch nicht eine endgültige, sondern erst vorläufige Bindung. Daher ist es immer noch dem Willen der Beteiligten überlassen, das Verlöbnis wieder zu lösen.

Das bedeutet aber nicht, dass die Verlobung ein willkürlicher Vertrag ist. Es bedeutet nur, dass die Gemeinschaft der Verlobten noch nicht endgültig bindende, feste Gemeinschaft ist. Die Gemeinschaft ist noch im Zustand des Entstehens. Um es im Bilde zu sagen: Wie das Kind, obwohl es noch nicht volle "Persönlichkeit" ist, deshalb doch nicht blosse "Sache" ist, so ist auch die Verlöbnisgemeinschaft nicht blosses Vertragsverhältnis, nur aus dem Grunde, weil es noch nicht die volle Gestalt der Gemeinschaft erreicht hat. Die Verlöbnisgemeinschaft trägt den Keim der Ehegemeinschaft in sich und ist darum vom selben Wesen wie die Ehe: Sie ist echte Gemeinschaft, nicht Vertrag.

Aus demselben Grund schreibt der § 1297 Abs.2 vor, dass die Erfüllung des Eheversprechens vom Zwang der Vertragsstrafe frei sein soll. Der Entschluss der Verlobten, ihr Versprechen zu erfüllen, soll nur von der Ueberzeugung ihrer Zusammengehörigkeit geleitet sein. "Vertragsstrafen" sind nur bei echten "Verträgen" zulässig (§§ 339ff.).

In seinen übrigen Verlöbnisvorschriften hat das BGB die Schadensersatzpflicht dessen festgesetzt, der das Verlöbnis ohne wichtigen Grund löst oder den Rücktritt des anderen Teiles schuldhaft veranlasst (§§ 1298ff.). Diese Schadensersatzpflicht beruht nicht auf einer etwaigen Nachwirkung der Gemeinschaft.

---

1) Dies hat der erste Entwurf leugnen wollen,was aber mit Recht die vernichtende Kritik Gierkes gefunden hat, Jahrb.f.Gesetzgebung usw. 12.Bd. S.871, 13.Bd. S.763.

Mit dem Rücktritt wird gerade jede Gemeinschaft gelöst. Vielmehr ist es die Entschädigung dafür, dass der andere Verlobte in dem Vertrauen auf die Wirksamkeit des Verlöbnisses getäuscht wurde und deshalb die im Vertrauen auf das Verlöbnis gemachten Aufwendungen ihren Sinn verloren haben. Es ist aber bezeichnend für das Wesen des Verlöbnisses, dass der Umfang der Schadensersatzpflicht nicht weiter geht. Wäre das Verlöbnis ein echter Vertrag, so müsste der Vertragsbrüchige den vollen Schaden ersetzen, den der andere durch die Nichterfüllung des Vertrages hat. Der Schaden, der wegen Verlöbnisbruches zu ersetzen ist, geht lange nicht so weit. Der treubrüchige Teil muss den anderen nicht so stellen, wie wenn das Eheversprechen erfüllt worden wäre, er muss ihm also nicht den Unterhalt leisten, den er bei Eingehung der Ehe geleistet hätte. Vielmehr muss er nur den Vertrauensschaden in den Schranken der §§ 1298ff. ersetzen.

Seinen Grund hat dies darin, dass das Verlöbnis kein echtes Vertragsverhältnis ist, sondern ein persönliches Gemeinschaftsverhältnis und darum nicht nur vom Willen des Einzelnen abhängt. Der Satz des Erfüllungsschadens könnte nur dann verlangt werden, wenn dem treubrüchigen Teil die volle Verantwortung dafür zukäme, dass die Ehe nicht zustande gekommen ist. Diese Verantwortung kann aber niemandem aufgebürdet werden. Es lässt sich nie feststellen, ob allein der treubrüchige Teil daran schuld ist, dass die Gemeinschaft nicht begründet wurde. Es kann nicht einmal mit Sicherheit erkannt werden, ob die Beteiligten so zueinander gepasst hätten, dass die Verwirklichung der Gemeinschaft nur vom ihrem guten Willen abhing. Ja auch wenn dies möglich wäre, so wäre nicht mit Sicherheit festzustellen, ob der fehlende Wille nicht doch ein Zeichen für die Wesensverschiedenheit der Verlobten ist oder ob die Eheschliessung nicht vielleicht aus anderen Gründen unterblieben wäre. Das Verhältnis der Verlobten und der Ehegatten zueinander ist eben ein derartig innerliches und persönliches Verhältnis, dass die tiefsten Gründe seines Entstehens und seines Zerbrechens für das menschliche Auge unsichtbar bleiben. Hier die Masstäbe eines Vertragsverhältnisses anzulegen, hiesse der Wirklichkeit ins Gesicht schlagen.

Wird das Verlöbnis nicht durch Rücktritt eines Verlobten aufgehoben, sondern durch die nachträgliche Unmöglichkeit, die einer der Verlobten verschuldet hat, so hat der andere auch

einen Schadensersatzanspruch, aber nicht "aus § 280 BGB in den Grenzen der §§ 1298ff", wie Wolff in unmittelbarer Anwendung des allgemeinen Schuldrechts annimmt[1], sondern sinngemäss aus den §§ 1298ff. Es gilt nicht das Recht des schuldrechtlichen Vertrags, sondern das eigene Recht des Verlöbnisses, das ein Gemeinschaftsrecht ist.

2. Mit den angeführten Vorschriften ist alles erschöpft, was das Gesetz über das Recht des Verlöbnisses unmittelbar ausspricht. Das weitere Recht des Verlöbnisses muss aus seinem Wesen gefunden werden.

a) Diejenigen, die in der Verlobung einen Vertrag sehen, (also auch das RG) wenden die allgemeinen Vertragsvorschriften des BGB an[2].

Die Anhänger der Tatsächlichkeitstheorie suchen das Recht aus der Eigenart des Verlöbnisses und wenden die Vertragsvorschriften nur dann an, wenn dies mit dem Wesen des Verlöbnisses vereinbar ist[3].

Siebert dagegen lehnt jede Anwendung des allgemeinen Vertragsrecht ab und findet aus dem Wesen des Verlöbnisses als "personenrechtlichem Gemeinschaftsverhältnis" das "ihm gemässe Recht".

b) Entschieden werden kann diese Frage nur, wenn wir das wahre Wesen des Verlöbnisses erkannt haben. Denn das wahre Wesen des Verlöbnisses ist sein Recht.

Die Verlobung ist zwar auch ein Vertrag, denn die Partner "vertragen" sich hier darüber, dass sie die Ehe eingehen wollen. Aber die Verlobung erschöpft sich nicht darin, Vertrag zu sein. Sie ist mehr als blosser Vertrag. Die Brautleute vertragen sich, weil sie sich durch eine ursprüngliche Gemeinschaft aneinander gebunden fühlen. Das Verlöbnis ist ein Gemeinschaftsverhältnis; die Verlobung ist nicht blosser Vertrag, sondern Begründung

---

1) Wolff, Familienrecht, § 6 IV S.29.
2) vgl. das oben angeführte Schrifttum; RG Bd.61 S.271, Bd.80 S.88, Bd.98 S.15; JW. 1936 S.863.
3) Lehmann, a.a.O. S.26, 28: "Das Recht ist aus den Dingen herauszuholen,nicht an sie heranzubringen". Der Verlöbnisbegriff muss so gefasst sein, dass die daraus gefolgerten Wirkungen als gerecht erscheinen.

einer Gemeinschaft, Zusammenschluss zu einer Einheit. In diesen Begriffen greifen und erfassen wir das wahre und rechte Wesen des Verlöbnisses und damit ihr Recht.

Das Recht der Verlobung ist nicht ein Recht des Vertrages, aber es steht auch nicht ausserhalb jeder Beziehung zum Vertragsrecht, wie Siebert meint. Denn in der Verlobung steckt zugleich ein Vertrag. Es gelten darum gewisse Grundgedanken des Vertragsrechts auch im Recht des Verlöbnisses. Wir können insoweit von einer "analogen" Anwendung des Vertragsrechts sprechen. Dabei müssen wir uns aber immer bewusst bleiben, dass das eigentliche Wesen des Verlöbnisses nicht blosser Vertrag ist, sondern mehr als Vertrag, nämlich innigster Vertrag, Einheit, Gemeinschaft und dass darum das eigentliche Recht des Verlöbnisses ein Recht der Gemeinschaft ist.

c) Aus diesem Grund deckt sich die Verlobungsfähigkeit nicht mit der "Geschäftsfähigkeit" des BGB[1)2)]. Die Verlobung ist kein "Geschäft", auch kein Rechts-"Geschäft". Die Geschäftsfähigkeit gilt nur für das Geschäftsleben, für den wirtschaftlichen Güterverkehr, nicht aber für das höchst persönliche Gemeinschaftsleben.

Nach der Vertragstheorie könnte sich schon ein 7jähriges Kind mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters verloben. Dies verstösst aber gegen die guten Sitten. Nach unseren sittlichen Anschauungen muss der, der sich verlobt, die zur Erkenntnis der Verlobung erforderliche Einsicht und die nötige sittliche Reife haben[3)]. Denn die Verlobung geht die Persönlichkeit als solche in höchstem Masse an. Ein anderer - auch der gesetzliche Vertreter - darf nicht darüber bestimmen, mit wem sein Schutzbefohlener die Gemeinschaft für das Leben begründen soll. Gestattet man aber die Verlobung des 7jährigen Kindes mit Zustimmung seines

---

1) Anderer Ansicht die Anhänger der Vertragstheorie; RG Bd.61 S.271, Bd.98 S.15; JW 1936 S.863.

2) Darum fordert Gfrörer, D.R. 1934 S.145ff.,die Ehefähigkeit auch als Voraussetzung der Verlobung. - Die weiteren Reformvorschläge für die Verlobung gehen hauptsächlich dahin, wieder eine besondere Form einzuführen, da dies der hohen Bedeutung des Verlöbnisses für das persönliche Leben des Einzelnen entspreche und auch die Verhinderung von rassich oder sonstwie unerwünschten Ehen besser ermögliche. So Gfrörer a.a.O.; Mössmer, D.R. 1936, S.229f.

3) Lehmann,a.a.O.S.26 weist mit Recht darauf hin, dass die ohne Zustimmung des gesetzl.Vertreters verlobte 20jähr.Braut nach der Vertragstheorie keinen Schadensers.Anspruch haben soll.

gesetzlichen Vertreters, so heisst dies bei der Unreife des Kindes nichts anderes,als dass der Vertreter die Verlobung allein bestimmt und abschliesst.

Für die Verlobung ist zwar nicht die Erreichung des Heiratsalters - also beim Mann des 21.Lebensjahres, bei der Frau des 16.Lebensjahres - zu fordern. Jedoch ist mangels einer gesetzlichen Bestimmung, die eine genaue Altersgrenze festsetzt, zu verlangen, dass die Verlobenden die erforderliche Einsicht und Willensreife haben. Wenn diese Verlobungsmündigkeit vorhanden ist, soll auch nicht mehr die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich sein. Fehlt dagegen die nötige Reife, so soll die Verlobung auch nicht mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossen werden können[1].

Diesen Gedankengängen musste schondas RG Recht geben, indem es bei Anwendung der Vertragsvorschriften eine "Ausnahme" macht. In der E. RG Bd 98 S.15 hält es "an sich" die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters für eine notwendige Wirksamkeitsvoraussetzung. Jedoch lässt es den Rücktritt vom Verlöbnis ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu, wegen der "höchstpersönlichen Natur" des Rücktritts [2]. Damit hat es gerade dem Rechnung getragen, was das Verlöbnis von einem Vertragsverhältnis und Rechtsgeschäft grundlegend unterscheidet, nämlich seiner "höchstpersönlichen Natur", die nicht nur dem Rücktritt, sondern dem ganzen Verlöbnis eigen ist.

d) Da die Verlöbnisgemeinschaft noch nicht die Beständigkeit und Festigkeit der Ehegemeinschaft hat, so hat das BGB darauf verzichtet, die Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe ebenso eng zu begrenzen, wie bei der Ehe. Damit ist aber nicht gesagt, dass deshalb die allgemeinen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe der Verträge ohne weiteres für die Verlobung gelten. Vielmehr ist diese Frage vom Gesetz offen gelassen und deshalb aus dem Wesen der Verlobung zu entscheiden.

---

1) vgl.Siebert,der für ein anderes personenrechtliches Gemeinsch.-Verhältnis,nämlich das Arbeitsverhältnis eine ähnliche Forderung erhebt,die Forderung nach Einführung einer bes.Arbeitsmündigkeit die von der tatsächl.Reife des Arbeiters abhängen soll:Siebert das Arbeitsverh.in d.Ordng.d.nat.Arbeit 1935,C III 3 a) u.b).

2) RG 38 S.254 nimmt sogar eine sittliche Pflicht zum Festhalten am Verlöbnisse an,auch wenn der Vater die Zustimmung verweigert hat.

Es ist unrichtig, wenn die Anhänger der Vertragstheorie die allgemeinen Vorschriften über Willensmängel bei Rechtsgeschäften (§§116ff.) auch für die Verlobung unmittelbar anwenden. Auch hier gilt das eigene Recht der Verlobung, das Gemeinschaftsrecht.

Da in der Gemeinschaft auch ein Vertrag enthalten ist und die Gemeinschaft nicht nur auf dem Wesen, sondern auch auf dem Willen beruht, so sind Willensmängel beachtlich. Darum kann die Nichtigkeit des Verlöbnisses bei Scheinerklärung und Scherzerklärung analog den §§ 117f. und die Anfechtbarkeit der Verlobung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung analog §§ 119ff. angenommen werden. Ein Unterschied vom Vertragsrecht macht sich aber besonders darin bemerkbar, dass die Folge des § 142 für die Verlobung zu weit geht. Das persönliche Gemeinschaftsverhältnis der Verlobten kann nicht einfach als ungeschehen und von Anfang an nichtig betrachtet werden, wenn der Anfechtungsgrund entdeckt ist. Vor der Entdeckung bestand immerhin ein Gemeinschaftsverhältnis, wenn es auch mit einem unsichtbaren Mangel behaftet war. Die Anfechtung des Verlöbnisses bewirkt deshalb nicht eine Nichtigkeit ex tunc[1]. Sie ist nichts anderes, als ein Rücktritt vom Verlöbnis. Nur dort besteht Nichtigkeit des Verlöbnisses von Anfang an, wo ein Partner durch grobe Täuschung oder durch widerrechtliche Drohung zum Verlöbnis bestimmt worden ist,und selbstverständlich bei den Nichtigkeitsgründen der §§ 117f., da hier die Verlobten gar kein Gemeinschaftsverhältnis begründen wollten.

e) Ein weiterer Unterschied zeigt sich in der Frage des Schadensersatzes bei der Anfechtung. Die allgemeinen Vorschrifte für die Rechtsgeschäfte legen dem wegen Irrtums Anfechtenden die Pflicht zum Ersatz des Schadens auf, den der andere oder ein Dritter dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärun vertraut, jedoch nicht über das Erfüllungsinteresse (§ 122). Hier muss auch Wolff[2] zugeben, dass § 122 nicht ohne weiteres

1) So auch Siebert,BGB-System u.Völkische Ordng.S.212,der die Lösbarkeit ex nunc eintreten lassen will. Es ist derselbe Grund,der Schneider,D.R. 1936 S.268ff, zu dem Vorschlag veranlasst hat,die Ehenichtigkeit und -anfechtbarkeit völlig zu beseitigen und an ihre Stelle die Ehescheidung zu setzen, da ein personenrechtliches Verhältnis wie die Ehe überhaupt nicht mit rückwirkender Kraft aus der Welt geschaffen werden könne. Vgl. Siebert,Das Arbeitsverhältnis i.d.Ordng.d.nat.Arbeit,1935,S.99, der dieselbe Ansicht f.d.Arb.Verhältnis vertritt.

2) Wolff,Familienrecht § 5 IV S.21.

Anwendung finden kann, sondern nur im Rahmen des § 1298. Nur wenn der wegen Irrtums anfechtende Verlobte sich schuldhaft geirrt hat, hat er Schadensersatz zu leisten, aber auch hier nur in den Grenzen des § 1298. Es ist deshalb sinnvoller, von einer Anwendung des § 1298 zu reden als von Analogie zu § 122. Auch wenn § 1298 nur an die vermögensrechtliche Wirkung des Verlöbnisbruchs gedacht hat, so ist er doch von dem personenrechtlichen Wesen der Verlobung bestimmt. Darum kann der Irrtum nur dann zum Schadensersatz verpflichten, wenn er wirklich verschuldet ist.

Im Falle der arglistigen Täuschung und der widerrechtlichen Drohung hat das Gesetz keine besondere Schadensersatzpflicht festgesetzt, sondern die allgemeine Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlung eintreten lassen. Soweit der Verlobte, der das Verlöbnis durch arglistige Täuschung oder durch widerrechtliche Drohung erwirkt, dadurch eine unerlaubte Handlung (§ 823 Abs.2 in Verbindung mit einem Schutzgesetz, z.B. § 263 StGB, und § 823 Abs.1) begangen hat, muss er Schadensersatz leisten, d.h. den Zustand herstellen, der ohne die arglistige Täuschung oder ohne die Drohung eingetreten wäre. In diesem Falle wäre die Verlobung nicht zustande gekommen. Es ist deshalb der Schaden zu ersetzen, den der andere dadurch hat, dass er im Vertrauen auf die Gültigkeit der Verlobung Aufwendungen gehabt und sonstige Massnahmen getroffen hat. Er muss den Vertrauensschaden ersetzen und zwar nicht nur in dem Umfang des § 1298, sondern auch soweit die Aufwendungen und Massnahmen unangemessen waren, wenn sie nur in Erwartung der Ehe gemacht wurden. Liegt in der arglistigen Täuschung oder der widerrechtlichen Drohung keine nach den §§ 823ff. schadensersatzpflichtige Handlung, so ergibt sich eine Schadensersatzpflicht nur aus der schuldhaften Verletzung der Gemeinschaft gemäss § 1298f. Der Verletzte kann anfechten oder zurücktreten und dann auf Grund von § 1299 i.V. mit § 1298 Schadensersatz verlangen, da der andere seinen Rücktritt oder die Anfechtung durch sein Verschulden veranlasst hat und dieses Verschulden einen wichtigen Grund für den Rücktritt bildet.

Hierin macht sich wieder der Unterschied zum Vertragsrecht bemerkbar. Während bei der Anfechtung eines Vertrags wegen arglistiger Täuschung oder Drohung gegebenenfalls Ersatz des Erfüllungsschadens verlangt werden kann, ist dies beim Ver-

löbnis nicht möglich. Beim Vertrag kann vielleicht nachgewiesen werden, dass er zustande gekommen wäre, auch wenn die Täuschung oder Drohung nicht erfolgt wäre; in diesem Fall kann man von der Anfechtung absehen und Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung verlangen; man kann dann fordern, so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag ohne die Täuschung oder die Drohung zustande gekommen wäre, d.h. zu günstigeren Bedingungen[1]. Bei dem Verlöbnis dagegen ist das unmöglich. Der Nachweis ist unmöglich, dass das Verlöbnis auch ohne die arglistige Täuschung oder die Drohung zustande gekommen wäre. Das liegt in seinem Wesen als echter Gemeinschaft.

f) Auch die anderen allgemeinen Nichtigkeitsgründe der Verträge gelten nicht ohne weiteres für die Verlobung. Jedoch gelten sie dann immer, wenn sie nicht typisches Vertragsrecht, sondern Ausfluss allgemeiner Rechtsgedanken sind.

So gelten die §§ 134 und 138 auch für das Verlöbnis. Wenn das Verlöbnis gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstösst, ist es nichtig. Sofort aber zeigt sich wieder der Unterschied vom Vertragsrecht. Denn die §§ 134 und 138 haben bei den Verträgen einen anderen Gehalt als bei der Verlobung. Was bei der Verlobung gegen die guten Sitten oder gegen das Gesetz verstösst, braucht noch lange nicht beim Vertrag dagegen zu verstossen.

Was gegen Gesetz und gute Sitten im einzelnen verstösst, ergibt sich aus dem Wesen der Verlobung als Eheversprechen. Ein solcher Verstoss liegt vor allem dann vor, wenn die versprochene Ehe nach den Ehevorschriften verboten ist[2]. Ist das Ehehindernis behebbar, z.B. wenn die Frau von der Vorschrift des § 1303 Abs.1 Befreiung oder wenn der Ehebrecher die Befreiung nach § 1312 erhalten kann, so ist die Verlobung, die unter der Bedingung der Behebung des Ehehindernisses geschlossen ist, gültig; andernfalls ist sie analog §§ 134 und 138 Abs.1 nichtig.

---

1) Beispiele bei Lehmann, Allgem.Teil, S.245.

2) So das Verlöbnis zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen Blutes. vgl.JW. 1937 S.996. Hierin zeigt sich der Unterschied vom Vertragsrecht und Verlöbnisrecht in voller Klarheit. Während Verträge und Rechtsgeschäfte zwischen Juden und Deutschblütigen erlaubt sind, ist ein Verlöbnis verboten. Dort handelt es sich eben um eine Vereinbarung, die nur das Vermögen betrifft. Das Verlöbnis dagegen ist die innigste persönliche Gemeinschaft, die die Gemeinschaft der Rasse und Art voraussetzt.

Auch eine analoge Anwendung der §§ 306ff. ist hier möglich, was Siebert zu Unrecht bestreitet[1].

g) Aus dem Wesen des Verlöbnisses ergeben sich auch die Schadensersatzrechte des einen Verlobten, wenn der andere die Unmöglichkeit der Ehe oder ihre Gesetzwidrigkeit gekannt hatte oder kennen musste und sein Partner auf die Gültigkeit der Verlobung vertraut hat. In diesem Fall muss der andere ihm den Vertrauensschaden ersetzen. Es ist dieselbe Rechtslage wie im Tatbestand des § 1298. Denn es ist gleich, ob der Verlobte in seinem Vertrauen dadurch getäuscht wird, dass der andere grundlos zurücktritt, oder dadurch, dass der andere ihn vorsätzlich oder fahrlässig bei dem Glauben hält, die Erfüllung des Eheversprechens sei möglich. In Analogie des § 1298 ist dem gutgläubigen Verlobten der Schaden im selben Umfange zu ersetzen. Die Schadensersatzpflicht fällt weg, wenn der Verlobte nicht gutgläubig ist, sondern die Nichtigkeit des Verlöbnisses kennt oder kennen muss.

Denselben Rechtsgedanken sehen wir auch in den §§ 307, 309 für den Vertrag ausgedrückt. Der Unterschied des Verlöbnisses vom Vertrag wirkt sich nur darin aus, dass der Umfang des Schadensersatzes beim Verlöbnis geringer ist. Darum können diese Vorschriften nicht unmittelbar Anwendung finden[2]. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum Siebert hier nicht von einer "analogen" Anwendung der § 306ff. sprechen will, und eine Beurteilung "aus dem Wesen des Verlöbnisses" verlangt, wo doch das Wesen des Verlöbnisses hier Aehnliches erfordert, wie das Wesen des Vertrags, weil Gemeinschaft und Vertrag sich nicht nur unterscheiden, sondern im Grunde dasselbe sind.

h) Eine Bedingung oder Befristung ist nicht, wie bei der Ehe, absolut unzulässig, aber bildet leicht einen Verstoss gegen die guten Sitten und macht das Verlöbnis nichtig.

Beim Vertrag sind Bedingungen und Befristungen immer zulässig. Die Wirksamkeit des Vertragsverhältnisses kann für eine gewisse Zeit in der Schwebe bleiben, da es keine persönliche Gemeinschaft erzeugt. Dies ist nicht der Grund dafür,

---

1) Siebert, BGB-System u.völkische Ordng., S.211,212.
2) "in den Grenzen von § 1298", wie Wolff, Familienrecht § 5 S.23 vorschlägt!

dass beim Verlöbnis Bedingungen und Befristungen möglich sind. Vielmehr liegt der wahre Grund darin, dass das Verlöbnis eine noch nicht voll wirksame, sondern erst in der Entstehung begriffene Gemeinschaft ist. Darum verstösst es z.B. nicht gegen das Wesen der Verlobung, wenn ihre Vollwirksamkeit von der zu einem bestimmten Zeitpunkt abzugebenden Willenserklärung der Verlobten abhängig gemacht wird[1].

1) Durch einen Vertreter kann man eine Verlobung nicht abschliessen. Darum können sich Geschäftsunfähige überhaupt nicht verloben. Richtiger Ansicht nach ist auch bei "Geschäftsbeschränkten" die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich[2].

Die Verlobung durch einen Vertreter ist deshalb unmöglich, weil hier nicht irgend eine Sachleistung versprochen wird, die jede andere beliebige Person auch erbringen könnte, sondern weil hier die Gemeinschaft mit einer Person zugesagt und bei diesem Versprechen keine andere Person für sie eintreten kann. Das Versprechen kann nur aus dem Munde dessen kommen, der sich und seine Person verspricht und verlobt. Niemand anders als er selbst kann beurteilen, zu wem er passt und mit wem ihn eine Gemeinschaft zusammenschliesst.

Aus diesem Grund können ebensowenig, wie die Rechte aus der Ehe, die Ansprüche aus der Verlobung an einen anderen abgetreten werden. Das Versprechen der Ehe gilt nur der einmaligen besonderen Person des anderen. Die Person des Verlobten ist unvertretbar.

Die Unübertragbarkeit der Ansprüche ist auch hier so selbstverständlich, dass das Gesetz sie nirgends ausgesprochen hat, ausser bei der Entschädigungsforderung für die Defloration. Durch diese Forderung soll die Braut für die persönliche Kränkung entschädigt werden, die sie dadurch erlitten hat, dass sie sich dem Verlobten hingab und dass dieser die Gemeinschaft darnach brach. Wie das Recht der Braut auf Treue nicht übertragbar ist, so ist auch dieser Anspruch auf Entschädigung unübertragbar. Erst wenn sich der Anspruch von seinem Ursprung so gelöst hat,

---

1) Vgl. RG. Bd.105, S.245; Endemann Bd.2, 1908 § 151a 23
2) vgl. oben S.94f.

dass er nicht mehr als ein personenrechtlicher Anspruch erkennbar ist, wird er übertragbar. Darum kann die Schadensersatzforderung erst dann abgetreten werden, wenn sie durch Vertrag anerkannt oder wenn sie rechtshängig geworden ist (§ 1300 Abs.1u.2).

Die Unvertretbarkeit der Person ist das sicherste Kennzeichen für jede Gemeinschaft. Bei jeder Gemeinschaft haben wir sie als Wesensmerkmal gefunden, so bei der Volksgemeinschaft - der Angehörige einer anderen Rasse und eines anderen Volkstums kann nicht in unsere Volksgemeinschaft eintreten - , bei der Ehegemeinschaft - der Ehebruch mit einem Dritten ist auch dann sittenwidrig, wenn er mit Einverständnis des anderen Gatten erfolgt - und nun auch bei der Verlöbnisgemeinschaft. Das Verlöbnis ist eben nicht ein Vertrag, sondern eine Gemeinschaft. Die Verlöbnisgemeinschaft hängt nicht von der Willkür und dem Belieben der Partner ab, sondern von ihrem Wesen, also davon, ob sie zueinander passen. Das Wesen, die Persönlichkeit, die Eigenart des Partners ist entscheidend.

7. Kapitel. Vertrag und Familiengemeinschaft i.e.S.

A.

1. Aus der Ehegemeinschaft wächst die Familiengemeinschaft. Sie ist die Gemeinschaft von Eltern und Kindern. Sie ist Gemeinschaft derer, die durch Geburt und Abstammung dasselbe Blut, dieselbe Art, dieselbe Rasse, dasselbe Wesen haben und deshalb zueinander passen. Eltern und Kinder sind "gemeinbeschaffen" sind echte "Gemeinschaft", echtes "Gemeinwesen".[1)].

Die Familiengemeinschaft ist natürliche Gemeinschaft, ist Gemeinschaft der Natur und darum unlöslich. Aus der Familie

---

1) Diese Erkenntnis hat besonders die Vererbungslehre wissenschaftlich begründet. vgl. Fritz Lenz, Deutsches Recht 1934 S.149ff: Mit den Angehörigen unserer Sippe haben wir einen besonders grossen Teil der Erbmasse gemeinsam.Darum gehören wir mit ihnen besonders eng zusammen.

kann keiner der Familiengenossen austreten, weil er nicht aus seiner Person heraus kann. Er kann sich höchstens dem Zusammenleben mit seiner Familie entziehen. Damit entzieht er sich ihr nur äusserlich. Innerlich bleibt sie seine Gemeinschaft, da sie Blutsgemeinschaft und Blutsverwandtschaft ist. Selbst eine "Entsippung" könnte diese Blutsbande nicht lösen, wenn sie auch die Lebensgemeinschaft auflöst - mit Recht auflöst, wo das Familienglied durch sein Verhalten zeigt, dass es mit seiner Familie keine Gemeinschaft mehr halten will[1].

Gemeinschaft des Wesens ist notwendig Gemeinschaft des Lebens und damit auch Gemeinschaft von Hab und Gut. Denn Leben ist nicht möglich ohne die Güter, die zum Leben gehören. Zur Person gehört notwendig die Sache, da sie ohne diese nicht bestehen kann. Die Familie ist darum nicht nur Gemeinschaft der Person, des Lebens, der Arbeit, sondern auch der Sache. Sie ist Personen- und Sachgemeinschaft.

Als Gemeinschaft aber ist die Familie zugleich auch Vertrag. Denn die Familienmitglieder müssen ihren Willen darauf richten, die Gemeinschaft zu verwirklichen, die sie sind. Sie müssen sich zu der Einheit zusammenschliessen, die sie von Natur bilden. Sie müssen sich "vertragen". Wo der Wille zum Vertrag fehlt, da ermangelt die Familiengemeinschaft ihres wahren und rechten Wesens.

Dennoch denken wir bei der Familie am allerwenigsten an ein Vertragsverhältnis. Bei der Verlobung und der Ehe liegt es nicht so entfernt, von einem Vertrag zu reden, weil sie - oberflächlich betrachtet - durch Willenseinigung zustande kommen, und weil es verborgener ist, dass auch sie auf einer Gemeinschaft des Lebens beruhen. Beim Verhältnis der Eltern zu den Kindern dagegen ist das natürliche Gemeinschaftsverhältnis völlig offensichtlich. Die Kinder sind in die Familiengemeinschaft von Natur aus hineingestellt.

Der Wille ist hier nur insoweit von Bedeutung, als er das zu verwirklichen hat, was die Natur vorzeichnet. Er schafft nur nach, was schon geschaffen ist; er schafft nur die Gemeinschaft nach, die im Wesen begründet ist. Wenn sich die Familienmitglieder miteinander "vertragen", so ist dies nur der

---

1) Zur Entsippung vgl. W.Ebel, Ztschr.d.Akademie für deutsches Recht 1936 S.1073ff.

Ausfluss ihrer natürlichen Zusammengehörigkeit. Das natürliche Band, die natürliche Gemeinschaft steht hier so beherrschend im Vordergrund, dass die Arbeit des Willens, der Vertrag dem Blick völlig entschwindet. Dass sich die Familiengenossen vertragen, wird angesichts der Blutsgemeinschaft als selbstverständlich angesehen. Die Blutsgemeinschaft ist das Wesentliche im Verhältnis der Familiengenossen, nicht der Wille,nicht der Vertrag. Da die Blutsgemeinschaft den Ton trägt, weigert sich die Sprache, von "Vertrag" zu reden[1].

Darum finden wir im Recht der Familie nur dort Verträge oder Vereinbarungen, wo das Familienband gelockert oder zerstört ist und wo es sich nicht um das persönliche Verhältnis, sondern um wirtschaftliche und Vermögensangelegenheiten handelt. Nur wenn wir den Begriff der Familie weiterfassen und zur Familie auch die Personen rechnen, die an ihrem Leben teilnehmen, ohne durch Blutsbande mit ihr verbunden zu sein (Hausgemeinschaft), oder wenn wir auch dort eine Familie annehmen, wo sie künstlich gebildet wird (Adoptivfamilie), kommen wir zu "Verträgen" in häufigerem Masse. Ob es sich dabei aber um echte Verträge handelt, wird noch später zu untersuchen sein.

Soweit es sich nur um das Verhältnis der Blutsverwandten handelt, kennen wir im eigentlichen Familienrecht nur den Unterhaltsvertrag und den Erziehungsvertrag, wobei der letzte nicht eine Vereinbarung zwischen Eltern und Kindern, sondern zwischen den Ehegatten oder den Eltern und dritten Personen darstellt.

2. Trotzdem ist im BGB das Rechtsverhältnis der Eltern zu den Kindern so gestaltet, als ob es ein Verhältnis zwischen unverbundenen Individuen wäre. Das BGB hat dem Familienverhältnis die äussere Form eines Vertragsverhältnisses gegeben. Eltern und Kinder stehen sich wie Vertragsparteien gegenüber, deren Rechte und Pflichten auf Gegenseitigkeit beruhen. Nirgends hat das BGB ausgesprochen, dass alle diese Rechte und Pflichten der Einzelnen aus der Familiengemeinschaft entspringen. Anders das Schweiz.Zivilgesetzbuch, das nicht nur die Ehe als"Gemeinschaft" regelt (Art.159ff.), sondern auch die "Familiengemeinschaft" kennt (Ueberschrift des 9.Titels)und die"Gemeinschaft" der Eltern und Kinder(Ueberschrift vor den Art.270ff.).

1) Selbst die Naturrechtslehrer schreckten davor zurück, die Familie als Vertrag zu konstruieren. Höchstens das Verhältnis zwischen den erwachsenen Kindern u.d.Eltern wird als Vertrag angesehen. Vgl.oben S.27.

Darum hat auch O.v.Gierke den ersten Entwurf des BGB mit den schärfsten Worten gerügt[1]. Der Entwurf "geht nicht von der Familie, sondern von den Individuen aus, zwischen denen durch Ehe, Verwandtschaft oder Vormundschaft besondere Rechtsverhältnisse geknüpft werden". "Ihm ist nicht einmal der Begriff der Hausgemeinschaft bekannt. Er weiss auch im Familienrecht nur von mechanisch konstruierten Rechtsbeziehungen zwischen isolierten Einzelpersonen... Er verdünnt nicht nur diese personenrechtlichen Grundverhältnisse zu vereinzelten Individualrechten, sondern löst auch ihre vermögensrechtlichen Wirkungen in der Form selbständiger sachenrechtlicher oder obligationenrechtlicher Institute vom Stamm des Personenrechts ab".

3. Erst wenn man dem Wesen der Vorschriften des BGB tiefer nachgeht, erkennt man, dass auch sie eine wirkliche Familiengemeinschaft voraussetzen. Man erkennt, dass die Rechte der einzelnen Familienmitglieder nicht Individualrechte, Eigenrechte sind wie die Rechte aus einem Vertrag, sondern dass in ihnen Gemeinschaftsrechte verborgen liegen, die ihren Grund in der natürlichen Verbundenheit der Familienglieder haben.

So hat die Unterhaltspflicht, die das BGB getreu seiner materiellen Einstellung als erste Rechtswirkung der Verwandtschaft regelt (§§ 1601ff.), ihren Grund in der Bluts-und Wesensgemeinschaft der Familienglieder. Als persönliche Gemeinschaft ist die Familie auch Gütergemeinschaft. Die Familienmitglieder müssen einander auch an ihren Gütern teilhaben lassen und darum im Falle der Not einander Unterhalt gewähren.

Das BGB hat die Unterhaltspflicht als schuldrechtliche Verbindlichkeit ausgestaltet. Es gebraucht dieselben Ausdrücke wie im Recht der Schuldverhältnisse. Die Verwandten "haften" für den Unterhalt (§§ 1607 u.1608). Der Unterhalt ist in einer Geldrente zu entrichten (§ 1612). Für die Vergangenheit kann der Berechtigte "Erfüllung" oder "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" fordern, wenn der Verpflichtete in "Verzug" gekommen ist.

Es ist mit Recht in neuester Zeit gerügt worden, dass das BGB auf diese Weise die Familiengemeinschaft in ein Schuldverhältnis verfälscht hat[2]. Mit Recht wurde gefordert, dass nicht

1) O.v.Gierke, Der Entwurf eines bürgerl.Gesetzbuchs u.das D.R., im Jahrb.f.Gesetzgebung usw. S.761ff.
2) vgl. Eben-Servaes, D.R. 1934 S.536f., 1935 S.91ff.; Lange, D.R. 1935 S.82ff.; Schwela, D.R. 1937 S.162f.

nur die Eltern den Kindern gegenüber eine Pflicht zur persönlichen Fürsorge haben (§§ 1603 Abs.2, 1612 Abs.2, 1627, 1634), sondern dass auch die Abkömmlinge gegenüber ihren Eltern und weiteren Vorfahren zur persönlichen Fürsorge und nicht bloss, wie im BGB (§ 1612 Abs.1), zu einer unpersönlichen Geldzahlung verpflichtet sein sollten[1]. Denn das Verhältnis der Familienmitglieder ist ein persönliches Gemeinschaftsverhältnis.

Das liberalistische Bestreben des BGB, möglichst wenige Bindungen anzuerkennen und dem Einzelnen möglichst viel Freiheit zu lassen, hat dazu geführt, dass es praktisch die Familiengemeinschaft auf das Verhältnis der Eltern zu den Kindern beschränkt und eine Gemeinschaft zwischen den Geschwistern völlig verneint hat. Das BGB kennt nicht einmal eine Unterhaltspflicht der Geschwister gegeneinander (§ 1601). Die Geschwister stehen sich wie Fremde gegenüber. Dies entspricht nicht der Volksanschauung. Noch heute unterstützen sich Geschwister im Falle der Not, wenn sie in der Lage dazu sind, obwohl das Gesetz ihnen diese Pflicht nicht auferlegt. Die Blutsgemeinschaft der Geschwister ist so stark, dass sie sich sogar über das Gesetz hinweg erhalten hat[2].

Das Verhältnis der Eltern zu ihren minderjährigen unverheirateten Kindern ist das Einzige, in welchem das BGB persönliche Bindungen anerkannt hat. Sonst hat es nur die vermögensrechtliche Unterhaltspflicht geregelt. Zwischen den Eltern und den volljährigen Kindern, zwischen Grosseltern und Enkel, zwischen Geschwistern und weiteren Verwandten, kennt das BGB nur die Unterhaltsfrage. Eine persönliche Bindung, eine Treupflicht zwischen Verwandten ist ihm unbekannt[3]. Wo die Verwandten überhaupt Pflichten haben, da sind es nur materielle Pflichten. Bindungen, die etwas persönlicher gefärbt sind als die zwischen Vertragsparteien, sind dem BGB unbekannt. Das Schweiz.ZGB gibt der persönlichen Verbundenheit der Verwandten besseren Ausdruck, indem es von einer Beistands- und Unterstützungspflicht spricht und auch die Geschwister in dieses Pflichtenverhältnis einbezieht (Art.328).

Eine Reform muss dem wahren Wesen und Recht der Familie Geltung verschaffen und es klar und deutlich zum Aus-

1) Schwela, D.R.S.162f.: Die Familie sei nicht nur der Hort f.d. kommende Geschlecht, sondern die Zelle, die in erster Linie berufen sei, das Schicksal ihrer Angehörigen gemeinsam zu tragen und auszugleichen.
2) Lange, D.R.1935 S.82ff.; Felgenträger, D.R.1935 S.85ff.
3) Das rügt bes. Eben-Servaes, D.R.1934 S.536f.

druck bringen, dass die Familie eine Bluts- und Wesensgemeinschaft und damit eine Rechtsgemeinschaft ist, die nicht nur für den Fall der Not eine Pflicht zur Gewährung von Unterhalt in der Form einer Geldrente, sondern eine dauernde persönliche Beistands- und Treueverpflichtung schafft. Die Familie muss aus einem Austausch- und Vertragsverhältnis - das gleichsam wie ein Versicherungsvertragsverhältnis nur eine gegenseitige Unterhaltspflicht für den Fall der Bedürftigkeit kennt - emporgehoben werden zu einem Gemeinschaftsverhältnis.

4. Dass die Unterhaltspflicht ihren Grund in der Familiengemeinschaft hat und mit ihr steht und fällt, kann auch vom BGB in wesentlichen Beziehungen nicht geleugnet werden.

Aus diesem Grund ist eine Abtretung des Rechtes auf Unterhalt unmöglich. Dies ist zwar im BGB nicht besonders ausgedrückt, ergibt sich aber als selbstverständlich aus seinen Bestimmungen, denn der Unterhaltsanspruch entsteht nur für den, der ausserstande ist, sich selbst zu unterhalten (§ 1602), womit gesagt ist, dass die gewährte Unterhaltsleistung nur für die Bedürfnisse des Unterstützten verwendet werden darf.[1] Seinen tieferen Grund hat diese Unübertragbarkeit wiederum darin, dass das Unterhaltsrecht aus der Blutsgemeinschaft entspringt, aus der Blutsgemeinschaft, die der Willkür und dem Vertrag unzugänglich ist.

Darum kann die Unterhaltspflicht auch nicht durch Vertrag wegbedungen werden. Aus der Blutsgemeinschaft der Familie kann sich niemand lösen und damit auch nicht aus ihrer Sachgemeinschaft. Dies wird vom BGB ausdrücklich anerkannt, indem es den Verzicht auf Unterhalt für die Zukunft in § 1614 für nichtig erklärt.[2] Auch wenn ein Entgelt als Gegenleistung für den Verzicht gegeben wird, ist der Verzicht unwirksam[3]. Der Unterhaltsanspruch ist eben kein echter vermögensrechtlicher Anspruch, der gegen einen anderen ausgetauscht werden kann. Er hängt unmittelbar an der Person des Berechtigten.

Ein Vertrag über den Unterhalt ist nur insoweit möglich, als er den Verpflichtungen nachkommt, die sich aus der

---

1) Warn. 1911 Nr.266.
2) Darum ist schon eine Abmachung ungültig, durch die dergesetzliche Unterhalt vermindert werden soll. JW 1902 S.72; Motive Bd.4 S.709.
3) JW.1905 S.682.

Blutsgemeinschaft ergeben.[1] Er ist kein echter Vertrag, da er nur Pflichten feststellt, die schon an sich aus der Gemeinschaft hervorgehen.

Solche Verträge, die den Unterhalt regeln, finden sich vor allem zwischen Eltern und volljährigen Kindern, besonders auf dem Lande zwischen dem den bäuerlichen Hof übernehmenden Sohn und seinen Eltern. Der "Auszug" wird grundsätzlich nicht als Gegenleistung für das empfangene Gut und Vermögen gewährt, sondern in Erfüllung der Unterhaltspflicht[2].

Soweit der vereinbarte Unterhalt das vom Gesetz vorgeschriebene Mindestmass übersteigt - was übrigens selten vorkommen wird - ist der Unterhaltsvertrag nicht bloss eine Feststellung der gesetzlichen Pflichten, sondern er begründet Pflichten, die an sich durch die Gemeinschaft nicht geboten sind,und nähert sich darum stark einem echten Vertrag. Unser Sprachgefühl weigert sich hier nicht, von Vertrag zu reden. Jedoch ist ein solcher Vertrag kein echter schuldrechtlicher Vertrag. Die Beteiligten tauschen hier nicht Vermögensleistungen aus. Auch wenn im Altenteilsvertrag dem Sohn Hof und Gut überlassen wird, so ist die vereinbarte Unterhaltsgewährung nicht eine eigentliche Gegenleistung, eine Leistung, die nur deshalb gewährt wird, weil das bäuerliche Gut überlassen wird. Sie ist vielmehr die Auswirkung des verwandtschaftlichen Verhältnisses. Auch in sonstigen Unterhaltsverträgen sind die Leistungen, selbst wenn sie das geschuldete Mass weit übersteigen, Auswirkungen der persönlichen Gemeinschaft. Nicht der Unterhaltsvertrag begründet die Gemeinschaft, sondern die Gemeinschaft bildet den Grund für den Unterhaltsvertrag. Der echte Austauschvertrag dagegen, z.B. der Kaufvertrag, ist der alleinige Grund für die Gemeinschaft der Vertragsgenossen. Die Vertragsgenossen sind nicht schon vorher miteinander verbunden, sondern verbinden sich nur zum Austausch ihrer Leistungen.

Darum ist es nicht richtig, wenn das Württ.Ausführungsgesetz zum BGB[3] den Leibgedingsvertrag ein "Schuldverhältnis" nennt (Art.152) und es innerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse

---

1) RGRK. vor § 1601, Anm.1. Der Unterhaltsvertrag wird in der Form des Leibzuchts-,Altenteils-u.Auszugsvertrags vom Gesetz anerkannt:EGBGB Art.96.
2) Vgl.Schwela,D.R. 1937 S.162f.
3) Ges.v.29.12.1931,Reg.Bl.S.545,auf Grund d.Art.96 EGBGB.

regelt. Dieses "Schuldverhältnis" begründet auch persönliche Verpflichtungen, so die Pflicht zur Tragung der Krankheits- und Beerdigungskosten, in der auch eine Pflicht zur Hilfe in Krankheitszeiten und zur Beerdigung liegt. Das Gesetz legt den persönlichungen Beziehungen der Beteiligten eine entscheidende Bedeutung zu, indem es in Art.163, 164 bei Störung dieser Beziehungen beiden Teilen das Recht gibt, statt der Naturalleistung die Gewährung von Geldleistungen zu verlangen. Auch sind die aus dem Vertrag entspringenden Rechte und Pflichten höchstpersönlich, weshalb sie nicht abgetreten werden können. Demgemäss verbietet Art.160 ausdrücklich die Ueberlassung der vorbehaltenen Wohnung an dritte Personen. Das ganze Vertragsverhältnis wurzelt eben doch in der Blutsgemeinschaft der Beteiligten und empfängt dadurch etwas vom Charakter eines Gemeinschaftsverhältnisses.

Trotzdem können wir hier von einem Vertrag reden. Denn es handelt sich nicht mehr um eigentliches Familienrecht und Personenrecht, sondern um das Recht der wirtschaftlichen Beziehungen der Familienglieder, um Vermögensrecht.

5. Wo aber das eigentliche Personenrecht, das eigentliche Familienrecht herrscht, dort herrscht die Gemeinschaft und nicht der Vertrag. Dies kann selbst vom BGB nicht verwischt werden, auch wenn wir nirgends von der Gemeinschaft, sondern immer nur von den gegenseitigen Rechten und Pflichten der Familienglieder hören.

Das Recht des Kindes zur Führung des Familiennamens (§ 1616) ist das äussere Zeichen für die Zugehörigkeit zur Gemeinschaft. Die Pflicht des Kindes zu Dienstleistungen (§ 1617) ist nicht das Entgelt für die Unterhaltsgewährung - die Dienste wiegen nie den Wert des Unterhalts auf - , sondern der Beitrag des Kindes zum Leben der Gemeinschaft. Dies wird ganz deutlich, wenn volljährige Kinder z.B. in der Haus- und Landwirtschaft mithelfen. Hier arbeiten sie mit den Eltern zusammen für das wirtschaftliche Wohl der Gemeinschaft[1]. Das Recht der Tochter auf Aussteuer (§§ 1620ff.) lässt sich nicht anders erklären, als aus der Gütergemeinschaft der Familie; ebenso die Vorschrift

---

1) RG. JW. 1932 S.3483 anerkennt es z.B., dass die Mitarbeit des 31jährigen Sohnes in der Landwirtschaft die Erfüllung seiner familienrechtlichen Dienstleistungspflicht bedeutet.

des § 1624, wonach die Ausstattung eines Kindes nicht als Schenkung gilt[1].

Das Schweiz.ZGB gibt der Grundlage aller dieser Rechte und Pflichten der Familienglieder den richtigen Ausdruck, indem es in Art.271 bestimmt, dass Eltern und Kinder einander "allen Beistand und alle Rücksicht schuldig sind", die "das Wohl der Gemeinschaft erfordert." Das Wohl der Gemeinschaft ist es also, dem sich alle unterordnen müssen.

Die Gemeinschaft ist auch der Ursprung für das Recht der elterlichen Gewalt (§§ 1626ff.). Dieses Recht ist den Eltern nicht um ihres eigenen Nutzens gegeben, wie z.B. das Eigentum. Vielmehr ist es ihnen gegeben um der Gemeinschaft willen, die sie mit den Kindern verbindet. Da die Kinder Blut vom Blut der Eltern sind, haben die Eltern dafür zu sorgen, dass sie zu tüchtigen, für den Lebenskampf gerüsteten Menschen erzogen werden. Die Blutsgemeinschaft verpflichtet die Eltern, das Rüstzeug, das sie selbst von ihren Ahnen empfangen haben, ihren Kindern weiterzugeben. Die Blutsgemeinschaft begründet die Pflicht zur Erziehung. Das Recht der Gewalt über ihre Kinder ist den Eltern nur zu dem Zwecke gegeben, um ihre Erziehungspflicht richtig erfüllen zu können. Nur aus diesem Gesichtspunkt heraus darf das Recht der elterlichen Gewalt und das Recht und die Pflicht der Erziehung betrachtet und gestaltet werden.

6. Darum dürfen die Eltern über ihr Erziehungs- und Gewaltrecht nicht frei verfügen. Sie können es nicht durch Vertrag an Dritte abtreten. Die Erziehungs- und Aufsichtspflicht kann nicht von einem Dritten übernommen werden. Kein Elternteil kann - auch nicht zu Gunsten des anderen - auf sein Erziehungsrecht verzichten[2].

Diese Ansicht wird auch vom RG in ständiger Rechtsprechung vertreten.

---

1) RG Bd.80 S.218 spricht von einer "sittlichen Pflicht" zur Ausstattung und lässt nur dann eine "Rechtspflicht" gelten, wenn diese "vertragsmässig" begründet wurde. Wohl ist die Pflicht zur Ausstattung gefestigt, wenn sie durch Vertrag festgesetzt wird; der Vertrag begründet sie aber nicht ganz neu, sondern "stellt" sie nur "fest".Darum ist ein derartiger "Vertrag" nur die Verwirklichung dessen,was die Gemeinschaft an sich schon erfordert.

2) RGRK Anm.2 zu § 1631; Staudinger Vorb. VI 4 vor § 1631, Anm. I 5 d zu § 1631, Vorb. 5 c vor § 1676; Enneccerus-Wolff,S.323 Anm.16a, S.371.

In Betracht kommen vor allem drei Fälle: a) Die Ehegatten schliessen miteinander einen Vertrag über die Erziehung der Kinder bei bestehender Ehe, b) die geschiedenen Ehegatten schliessen einen Erziehungsvertrag miteinander, c) die Eltern überlassen durch Vertrag die Erziehung einem Dritten.

a) Ein Vertrag, durch den die Ehegatten sich über die Art und Weise der Erziehung ihrer Kinder bindend einigen, ist frei widerruflich. Wäre ein Widerruf nicht zulässig, sondern wäre jeder Elternteil an die vereinbarte Erziehungsweise gebunden, so könnte er seiner Erziehungspflicht nicht mehr ordnungsmässig nachkommen. Die Pflicht für die Person des Kindes zu sorgen, zwingt die Eltern dazu, allein das Wohl des Kindes entscheiden zu lassen. Wäre ein Elternteil durch den Vertrag gebunden, eine Massnahme zu treffen oder zu dulden, die dem Wohl des Kindes nach seiner Ansicht nicht oder nicht mehr dient, so könnte er das Recht und die Pflicht der Erziehung nicht mehr erfüllen. Ein bindender Vertrag hat demnach die Bedeutung eines Verzichts oder wenigstens eines teilweisen Verzichts auf das Erziehungsrecht. Dieser Verzicht ist aber unzulässig, weil das Erziehungsrecht in der Blutsgemeinschaft gründet.

Das Reichsgericht begründet die Unzulässigkeit eines solchen Verzichts entweder damit, dass das Sorgerecht auch eine "Pflicht" sei[1], oder damit, dass die Lossagung des Vaters von der Sorge für die Person des Kindes gegen die guten Sitten verstosse[2].

Diese Begründung des Reichsgerichts dringt nicht ganz an den Kern der Sache. Notwendigerweise taucht nämlich die weitere Frage auf, warum der Verzicht gegen die guten Sitten verstösst oder warum diese Pflicht zwingend ist. Man könnte wohl daran denken, dass die Erziehungspflicht nicht den Eltern, sondern allein dem Staat zusteht[3] und dass die Eltern die Erziehung

---

1) RG Bd.60 S.268; diese Entscheidung verweist auch auf die Vorschrift des ersten Entwurfs, § 1561, der ausdrücklich den Verzicht für unzulässig erklärte und nur wegen Selbstverständlichkeit gestrichen wurde. Die Motive Bd.4 S.842 rechtfertigen die Nichtigkeit des Verzichts auch damit, dass das Sorgerecht zugleich eine Pflicht der Eltern sei.

2) RG Bd.68 S.322.

3) So die Forderung von Rousseau.

der Kinder auch ganz dem Staat überlassen und damit auf ihr Erziehungsrecht verzichten könnten.

Aus wohlerwogenen Gründen will aber der Staat so etwas nicht. Er legt bewusst den Eltern die Erziehungspflicht auf, weil er weiss, dass die Eltern kraft der Blutsgemeinschaft mit ihren Abkömmlingen die grösste Fähigkeit und den Ansporn haben, für ihre Kinder möglichst gut zu sorgen. Die Blutsgemeinschaft macht es den Eltern zur Aufgabe, ihre Kinder zu erziehen. Ihr Wille ist durch diese Gemeinschaft gebunden. Er kann sich von ihr nicht lösen. Ein Verzicht ist darum nicht möglich.

Das RG. spricht[1] von einer "unvollkommenen Verbindlichkeit", die durch eine Vereinbarung der Eltern über das Sorgerecht begründet werde, und von einem "jederzeit widerruflichen Vertrag". Durch eine solche Ausdrucksweise wird der Schein erweckt, dass dieser Erziehungsvertrag trotz allem wirksam ist und eine Verbindlichkeit begründet. Dies ist aber nicht richtig. Eine Verbindlichkeit, die "frei widerruflich" ist, ist eben keine echte Verbindlichkeit mehr. Deshalb ist es besser, hier überhaupt nicht von einem echten, wirksamen "Vertrag" zu reden. Die Einigung der Eltern über die Erziehung ihrer Kinder ist nur die Verwirklichung ihrer Gemeinschaft, ist Erfüllung der Pflichten, die sich aus ihrer Gemeinschaft ergeben. Ein echter Vertrag liegt nur dort vor, wo der Wille der Beteiligten gegenseitige Rechte und Pflichten begründet, nicht aber, wie hier, wo die Rechte und Pflichten schon bestehen und nur festgestellt werden.

Das RG. lässt auch die Frage offen[2], ob der Vater an eine Vereinbarung, durch die er für die Dauer des Scheidungsverfahrens das Kind der Mutter überlässt, nicht insoweit gebunden ist, als er sie nicht ohne wichtigen Grund widerrufen kann. Es ist schon richtig, dass der Vater eine solche Massnahme nicht aus reiner Willkür zurücknehmen darf. Dies ergibt sich aber nicht aus einer vertraglichen Gebundenheit, sondern nur daraus, dass er nach § 1354 Abs.2 in den gemeinschaftlichen ehelichen Angelegenheiten eine Entscheidung nicht treffen darf,

---

1) JW. 1925 S.2115.

2) LZ. 1919 S.699.

wenn sie sich als Missbrauch seines Rechtes darstellt[1].

Dass eine Abtretung des Erziehungsrechts an die Frau dann noch viel gröber gegen die guten Sitten verstösst, wenn sie gegen Entgelt erfolgt[2], ist eine Selbstverständlichkeit, da die Entscheidungen über das Wohl des Kindes nicht von Geldinteressen beeinflusst werden dürfen.

Eine besondere Art des Erziehungsvertrags zwischen Ehegatten ist durch das Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15.7.1921 geregelt: es ist der Vertrag über die religiöse Erziehung eines Kindes. Solche Verträge sind ohne bürgerliche Wirkung (§ 4 des Ges.). Eine Einigung über die religiöse Erziehung ist jederzeit widerruflich. Der Sorgeberechtigte darf einseitig über die religiöse Erziehung des Kindes bestimmen (§ 1631, 1634 S.2 BGB), jedoch mit der Beschränkung des § 2 des G.üb.d.relg.Erz. Das Gesetz bringt also deutlich zum Ausdruck, dass kein Gatte in der Frage, wie er sein Kind erzieht, durch Vertrag gebunden werden kann. Seine Entschliessungen über die Erziehung des Kindes sollen nur vom Wohl des Kindes bestimmt sein.

b) Am häufigsten sind naturgemäss nicht die Erziehungsverträge bei bestehender Ehe, sondern die Erziehungsverträge zwischen geschiedenen Ehegatten. Hier ist das eigentliche Gebiet des Erziehungsvertrags. Denn hier fehlt gerade das, was sonst im Familienrecht dem Vertrag die Daseinsberechtigung nimmt: die Gemeinschaft. Die fehlende Gemeinschaft muss künstlich ersetzt werden.

An sich ist es Aufgabe des Gesetzes,dass es dort ordnend eingreift, wo das fehlt, was sich sonst aus der Gemeinschaft wie von selbst ergibt. Aber die starre Regelung des BGB[3], die

---

1) So auch Bay.OLG. Bd.22 S.252: Wenn der Vater der Mutter die Fürsorge, die er ihr zuerst übertragen hatte, grundlos wieder entzieht, so ist das gegebenenfalls ein Missbrauch seines Rechts.

2) JW. 1904 S.256.

3) Die Reformvorschläge für das Ehescheidungsrecht gehen mit Recht alle dahin, die Zuteilung des Sorgerechts nicht von der Schuldigerklärung, sondern von der Eignung des einzelnen Gatten abhängig zu machen. So Mössmer, Neugestaltung des Ehescheidungsrechts, XIII; Entw. eines neuen Ehescheidungsrechts mit Begründung, Gemeinschaftsarbeit des NSRB, D.R.1937 S.251ff; Schneider, D.R.1937, S.142ff.; Eben-Servaes, Zeitschr.d.Ak.f.D.R.1935, S.11ff.

die Zuteilung der Kinder nicht vom Wohle der Kinder, sondern davon abhängig macht, welcher der Ehegatten an der Scheidung für schuldig erklärt wurde (§ 1635), führt oft zu dem Wunsche nach einer anderen Ordnung. Darum sind die Abmachungen der geschiedenen Ehegatten darüber, wem die Erziehung der Kinder zukommen soll, verhältnismässig häufig. Hier entsteht oft Streit, ob der einzelne Ehegatte an eine solche Abmachung gebunden ist.

Es ist dabei zu unterscheiden, ob das Sorgerecht entgegen der Regelung des § 1635 dem nichtberechtigten Elternteil seinem ganzen Inhalt nach übertragen werden soll oder nur der Ausübung nach.

Der Vertrag, durch den das Sorgerecht dem nichtberechtigten Elternteil völlig übertragen wird, ist nichtig. Das Sorgerecht wird vom BGB dem schuldlos geschiedenen Ehegatten deshalb gegeben, weil er nicht nur kraft seiner Blutsgemeinschaft zur Erziehung des Kindes berufen, sondern auch wegen seiner tadelsfreien Haltung zur Erziehung geeigneter erscheint als der andere Ehegatte. Dadurch wird für ihn die Erziehung der Kinder zu einer Aufgabe, der er sich nicht entziehen darf. Ein Vertrag, durch den er auf sein Sorgerecht völlig verzichtet, ist deshalb unzulässig[1]. Aus demselben Grund ist auch ein Vertrag nichtig, durch den der geschiedene Ehegatte auf das ihm nach § 1636 zustehende Verkehrsrecht verzichtet[2].

Jedoch ist nach der Rechtsprechung des RG. ein Vertrag wirksam, der abweichend vom § 1635 die Ausübung des Sorgerechts (also nicht das Recht selbst) dem nichtberechtigten Teil überlässt; nur soll dieser Vertrag frei widerruflich sein[3].

Auch hier fragt es sich, ob wir von einem echten "Vertrag" sprechen können. Im Gegensatz zu der Erziehungsverein-

---

1) So auch Motive Bd.4 S.627 und die Rechtspr.d.RG.: JW.1903 Beil. Nr.190; RG. Bd.60 S.268; Warn.1920 Nr.17; Gruchot Bd.50 S.999; LZ.1920 S.611; Warn.1914 Nr.209.

2) Nach JW.1925 S.2115 ist der Vertrag über die nähere Regelung des persönlichen Verkehrs immer nur insoweit wirksam, als das Vormundschaftsgericht nicht eine andere Regelung gemäss § 1636 S.2 trifft. Der Vertrag hat also nicht rechtsbegründende, sondern nur rechtsfeststellende Kraft. Seinen Grund hat dies wie bei den Erziehungsverträgen darin, dass ein der Gemeinschaft entspringendes Recht der Willkür nicht zugänglich ist.

3) Warn.1912 Nr.115, 1915 Nr.102, 1928 Nr.132, 1934 Nr.29; RG. Bd.60 S.268; JW.1925 S.2115; Gruchot Bd.50 S.999.

barung bei bestehender Ehe entspringt zwar der Erziehungsvertrag zwischen geschiedenen Ehegatten nicht einer Gemeinschaft. Er soll gerade die fehlende Gemeinschaft ersetzen. Zweifelhaft ist nur, ob die Regelung der Erziehungsrechte überhaupt dem Willen der Beteiligten zugänglich ist. Das Recht der Erziehung ist ja Ausfluss der Gemeinschaft zwischen den Eltern und dem Kinde. Die Gemeinschaft kann aber nicht willkürlich begründet oder durch Vertrag beseitigt werden. Dennoch muss dem Willen der Beteiligten wenigstens in bescheidenen Grenzen Raum gelassen werden. Die Ehegatten können sich wohl darüber vertragen, dass der berechtigte Teil dem anderen die Erziehung überlässt, aber immer nur unter dem Vorbehalt der Oberaufsicht des anderen. Dieser darf sein Erziehungsrecht nicht völlig preisgeben. Wenn er es für gut hält, muss er kraft seines Sorgerechts die Ueberlassung der Ausübung des Sorgerechts widerrufen können[1].

Dem Willen der Beteiligten ist also nur ein ganz kleiner Raum freigelassen. Das Wesen des typischen Vertrags, nämlich dass sich die Beteiligten verpflichten können wie sie wollen, fehlt hier[2]. "Die Vertragsfreiheit ist auf dem Gebiet des Familienrechts nicht die Regel", wie das RG. zu diesen Erziehungsverträgen richtig bemerkt[3]. Dem Erziehungsvertrag der geschiedenen Ehegatten fehlt die volle Wirkung. Die Widerruflichkeit entkräftet ihn. Die Widerruflichkeit ist ein Ausfluss des Gedankens, der sich immer wieder zeigt, des Gedankens, dass auf dem Gebiet des Familienrechts ein wirklicher Vertrag keinen Raum hat, da das Familienrecht Gemeinschaftsrecht ist und die Gemeinschaft den Willen bindet.

c) Die dritte Form des Erziehungsvertrages ist die vertragsmässige Ueberlassung der Erziehung an andere Personen. Ein Vertrag, durch den das Sorgerecht vollständig auf einen Dritten übertragen wird, ist natürlich noch viel weniger wirksam als ein solcher Vertrag zwischen Ehegatten.

---

1) Dem RG. ist jedoch nicht darin beizustimmen, dass der Gatte die Ueberlassung willkürlich widerrufen kann. Der Widerruf ist dann unverbindlich, wenn er einen Missbrauch des Sorgerechts darstellt. Diese Gebundenheit beruht aber nicht auf Vertrag, sondern auf der Pflicht des Sorgeberechtigten, allein das Wohl des Kindes im Auge zu behalten.

2) LZ.1920 S.385: Ein schuldrechtlicher Vertrag ist "wesensverschieden" von einer Vereinb., die den Gewalthaber des Kindes von der Fürs. ausschaltet. 3) Gruch. Bd.50 S.999.

Wenn auch nicht das Erziehungsrecht seinem ganzen Inhalt nach, so kann es doch zur Ausübung einem Dritten überlassen werden. Wenn der Erziehungsberechtigte nur die Ausübung des Rechts überträgt, behält er immer noch die Ueberwachung und Aufsicht über die Erziehung und damit das Recht, die Ueberlassung zu widerrufen, wenn er es für gut hält.

Die Motive[1] anerkennen ausdrücklich einen solchen Vertrag und halten nur eine Bestimmung des Inhalts für ungültig, "dass die Befugnis des Erziehungsberechtigten, das Kind jederzeit zurückzunehmen, ausgeschlossen sein sollte". Auch das RG. lässt derartige Erziehungsverträge mit Dritten zu, aber nur unter der Voraussetzung der freien Widerruflichkeit[2]. Ja, sie sind in den Lehrlingsverträgen sogar gesetzlich anerkannt. Denn der Lehrlingsvertrag ist nicht in erster Linie ein Arbeitsvertrag, sondern ein Vertrag, durch den dem Meister das Recht und die Pflicht zur Erziehung und Ausbildung übertragen wird.

Es ist aber auch hier weder den Motiven noch dem RG. darin zuzustimmen, dass der Widerruf willkürlich erfolgen kann. Der Widerruf ist nicht erst dann unberechtigt, wenn er ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 rechtfertigen würde[3], sondern schon dann, wenn er einen Missbrauch des Sorgerechts darstellt. Darum ist es dem Sorgeberechtigten nicht gestattet, einen Lehrlingsvertrag willkürlich aufzulösen. Er kann sein Kind nur dann aus der Lehre zurücknehmen, wenn ein wichtiger Grund dafür vorliegt[4]. Diese Gebundenheit hat aber nicht ihren Grund darin, dass der Sorgeberechtigte sich vertraglich verpflichtet hat, sondern in seiner Erziehung und Sorgepflicht, die auf das wahre Wohl des Kindes gerichtet ist.

---

1) Motive Bd.4 S.752.
2) Warn.1928 Nr.132; JW.1917 S.656 Nr.7: Wenn der Mann eine neue Ehe eingeht, überträgt er stillschweigend das Erziehungsrecht an den Kindern aus erster Ehe auf seine zweite Frau; wenn diese das Wohl der Kinder durch übermässige Anwendung von Zuchtmitteln gefährdet, kann dies ein Scheidungsgrund sein. Nach dem Bay.OLG. ist ein Verpflegungsvertrag, der die freie Zurücknahme des Kindes einschränkt, unwirksam; ebenso ein Vorvertrag betr.einer Kindesannahme (S.v.Entsch.d.OLG.f.Bay.i.G. d.Ziv.rechts Bd.27 S.238; Zeitschr.d.Rechtspfl.f.Bayern 1928 S.25).
3) So die Ansicht der Motive Bd.4 S.752.
4) RGRK. Anm.2 zu § 1631; vgl.André, Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder.

Auch der Vertrag, durch den die Ausübung des Erziehungsrechts an einen Dritten überlassen wird, erzeugt nur eine ganz schwache Bindung. Dem Willen ist eben das Gebiet des Familienrechts im wesentlichen nicht zugänglich. Dennoch bringt es die Natur des Verhältnisses von Eltern und Kindern mit sich, dass die Pflichten, welche die Eltern gegenüber den Kindern haben, auch von anderen erfüllt werden können. Es ist nicht ein Verhältnis wie das der Ehegatten, wo es auf die Persönlichkeit des anderen entscheidend ankommt. Die Erziehung kann auch von anderen ausgeübt werden. Deshalb ist das Sorgerecht dem Vertrag zugänglicher als die Rechte der Ehegatten. Jedoch endgültig kann auf das Sorgerecht nie verzichtet werden, weil es der Blutsgemeinschaft entspringt.

Aus demselben Grunde kann der Sorgeberechtigte auch nicht auf das Recht und die Pflicht der Vermögensfürsorge verzichten[1]. Er kann es nicht seinem ganzen Inhalt nach an Dritte abtreten. Vom Recht der Nutzniessung stellt sogar das Gesetz ausdrücklich fest, dass es nicht übertragbar ist (§ 1658).

Er kann aber die Ausübung des Nutzniessungsrechtes vertragsmässig an Dritte übertragen, z.B. durch Vermietung oder Verpachtung[2]. Unter Beibehaltung seiner letzten Verantwortlichkeit kann er überhaupt die ganze Vermögensverwaltung einem Dritten überlassen und den Dritten mit der Vertretung beauftragen. Er steht hier freier als bei der Personenfürsorge, da es sich nur um das Vermögen handelt. Darum hat ein solcher Vertrag keinen solchen personenrechtlichen und familienrechtlichen Charakter wie der Erziehungsvertrag. Er ist ein echter Geschäftsbesorgungsvertrag. Der personenrechtliche Charakter macht sich nur insoweit geltend, als der Vertrag der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1643 bedarf. Verstösst der Sorgeberechtigte durch die Ueberlassung der Vermögensfürsorge an einen Dritten gegen seine Pflichten, so wird dadurch nicht die Gültigkeit des Vertrags berührt, sondern nur die Verantwortlichkeit gegenüber dem Kind. Gegebenenfalls ist ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach §§ 1667ff. gerechtfertigt. Der Vertrag ist nur dann unwirksam, wenn das Recht der Vermögensfürsorge als solches übertragen wird.

---

1) Vgl.die oben S.110, 113, 115 angef.Literatur; ausserdem Staudinger, Anm.1 zu § 1658.
2) RGRK. Anm.1 zu § 1658; Staudinger, Anm.1 zu § 1658.

B.

Was für das Sorgerecht der Eltern gilt, gilt auch für das Sorgerecht des Vormunds. Der Vormund ist bei Minderjährigen nur der Ersatz für die Eltern; bei Volljährigen nimmt er eine ähnliche Stellung ein wie der Vater oder die Mutter zu dem unmündigen Kind.

Das Sorgerecht für die Person und das Vermögen des Kindes ist dem Vormund nur auf Grund seiner Persönlichkeit übertragen. Wie es bei den Eltern die Blutsgemeinschaft, so ist es beim Vormund seine Persönlichkeit, die ihn für besonders geeignet zur Erziehung und Fürsorge für das Kind erscheinen lässt und deshalb zu seiner Bestellung führt. Darum kann er "Rechtshandlungen, die eine höchstpersönliche Entschliessung des Vormunds erfordern", nicht durch Dritte vornehmen lassen[1]. Es sind namentlich solche Handlungen, die der Vormund "innerhalb seines eigentlichen familienrechtlichen Amtsbereiches" vorzunehmen hat[2]. Die "familienrechtliche" Stellung des Vormundes ist es also, die es verbietet, dass er die Personenfürsorge für das Kind anderen Personen in weiterem Umfang überlässt, als es die Eltern dürfen.

Darum sind Erziehungsverträge dem Vormund nur insoweit gestattet, als sie es auch den Eltern sind. Das Sorgerecht des Vormunds ist grundsätzlich unübertragbar[3], weil es seiner familienrechtlichen Stellung entspringt und diese in seiner Persönlichkeit begründet ist. Personenrechtliche Handlungen wie z.B. die Zustimmung zur Eheschliessung des Mündels muss er deshalb persönlich vornehmen.

Die Vermögensverwaltung darf der Vormund ebensowenig wie der Vater einem Dritten übertragen. Er kann sie anderen immer nur in einzelnen Beziehungen überlassen und ihnen insoweit Vollmacht erteilen. Bei grossen Vermögensverwaltungen ist auch die Bestellung einer Generalvollmacht zulässig. Es sind

---

1) OLG. Bd.33 S.376.
2) RGRK. Anm.2 zu § 1793.
3) Staudinger, Anm.6 zu § 1793; RGRK. Anm.2 zu § 1793; Soergel, 4.A. Anm.2 zu § 1793; RG. Bd.76 S.185: Die eigentlichen "vormundschaftlichen Geschäfte" darf er überhaupt nicht oder doch nur auf seine eigene Gefahr übertragen.

aber Verträge, durch die er Dritte mit der Vermögensverwaltung beauftragt und die genehmigungspflichtige Geschäfte zum Gegenstand haben, nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gültig.

Alle diese Beschränkungen haben denselben Grund, wie die Beschränkungen des Vertrags im eigentlichen Familienrecht. Wie die Rechte und Pflichten der Ehegatten und der übrigen Familienmitglieder aus der Gemeinschaft ihres Wesens und ihres Blutes hervorgehen und deshalb nicht von ihrer Person gelöst werden können, so sind auch die Rechte und Pflichten des Vormunds in seiner Persönlichkeit begründet und können von dieser nicht getrennt werden. Der Vormund hat die Stelle eines Hauptes der Familiengemeinschaft einzunehmen. Haupt einer Gemeinschaft kann aber nur jemand sein, der zu dieser Gemeinschaft passt und kraft seiner Persönlichkeit zum Führer der Gemeinschaft geeignet ist. Die Persönlichkeit des Vormunds ist der eigentliche Ursprung für seine Rechte und Pflichten. Darum hat der Vertrag auch im Recht der Vormundschaft grundsätzlich keinen Platz.

8. Kapitel. Vertrag und Recht des unehelichen Kindes.

1. Das Verhältnis von unehelichem Kind zu seinen Erzeugern ist ein Gemeinschaftsverhältnis. Mit Vater und Mutter ist das uneheliche Kind durch die gleiche Gemeinschaft des Blutes und des Wesens verbunden wie das eheliche Kind. Das Recht des unehelichen Kindes gegenüber seinen Eltern ist darum dasselbe Recht, das dem ehelichen Kind zukommt: ein Recht der Gemeinschaft.

Wenn in dem Verhältnis der Eltern des unehelichen Kindes zueinander ein Mangel besteht, so hat dies auf ihr Verhältnis zu dem Kind keinen Einfluss. Das Kind darf nicht dafür büssen, dass das Verhältnis der Eltern nicht zu einem wahren Gemeinschaftsverhältnis geworden ist. Das Verhältnis der Eltern zueinander ist hier scharf zu unterscheiden von dem Verhältnis der Eltern zu ihrem Kinde.

Dies hat das BGB völlig verkannt. Es hat sein Miss-

fallen über die ausserehelichе Erzeugung von Kindern dadurch zum Ausdruck gebracht, dass es die Rechte des unehelichen Kindes schmälerte.

Das BGB hat jede persönliche Verbundenheit zwischen Vater und unehelichem Kind beseitigt. Kind und Vater stehen völlig unverbunden gegenüber. Es bestehen zwischen ihnen nur schuldrechtliche Beziehungen. Das BGB hat sich nicht gescheut, eine Verwandtschaft zwischen unehelichem Kind und Vater wegzuleugnen (§ 1589 Abs.2). Es kennt zwischen Vater und unehelichem Kind nur eine vermögensrechtliche Beziehung: die Verpflichtung des Vaters zum Unterhalt in Form einer Geldrente (§§ 1708ff.). Diese Verpflichtung ist noch in weit krasserem Masse zur schuldrechtlichen Verpflichtung ausgestaltet worden, als die normale Unterhaltspflicht zwischen Verwandten: das Kind hat nur einen Anspruch auf eine Geldrente (§ 1710), während das eheliche Kind, solang es unverheiratet ist, Unterhalt in der von den Eltern bestimmten Weise, also regelmässig Naturalverpflegung erhält; der Anspruch des unehelichen Kindes kann wie ein schuldrechtlicher auch für die Vergangenheit geltend gemacht werden (§ 1711), während das eheliche Kind Unterhalt nur für die Zeit der Vergangenheit verlangen kann, zu welcher der Unterhaltspflichtige in Verzug gekommen oder der Anspruch rechtshängig geworden ist (1613); der Anspruch des unehelichen Kindes erlischt nicht mit dem Tode des Vaters (§ 1712), wohl aber der des ehelichen Kindes; schliesslich kann das uneheliche Kind vom Vater oder von den Erben des Vaters mit einem Geldbetrag abgefunden werden (§ 1712 Abs.2, § 1714), während das eheliche Kind nicht auf seinen Anspruch verzichten kann (§ 1614).

Das BGB hat hier unzulässiger Weise Gemeinschaftsrecht mit Vertragsrecht vermengt. Das Schuldrecht ist, wie wir gesehen haben, das Recht des Vertrages (abgesehen vom Schadensersatzrecht wegen unerlaubter Handlungen usw., das aber seine Quelle in einem unrechtmässigen, nicht aber in einem rechtmässigen Verhalten hat). Zwischen Schuldrecht und Vertragsrecht besteht, wie wir oben ausgeführt haben, ein notwendiger Zusammenhang. Die Normen des Schuldrechts haben keinen Platz im Gemeinschaftsrecht. Wäre sich das BGB dieser Zusammenhänge in ihrem vollen Sinn bewusst gewesen, hätte es nicht die Normen des Vertragsrechts für ein Verhältnis des Gemeinschaftsrechts - wie es das

Recht des unehelichen Kindes ist - eingeführt.

Zum Teil ist sich das BGB dieser Unzulänglichkeit bewusst geworden, indem es "Ausnahmen" vom Schuldrecht machte. Es musste anerkennen, dass der Anspruch auf Unterhalt, auch wenn er noch so schuldrechtlich ausgestaltet wird, nicht an Dritte abtretbar ist - dies wurde für so selbstverständlich gehalten, dass es gar nicht besonders ausgesprochen wurde. Das BGB musste ferner anerkennen, dass die Unterhaltsschuld nicht von einem Dritten übernommen werden kann; ein Dritter kann zwar dem Kinde den Unterhalt gewähren, er kann aber den unehelichen Vater nie, auch nicht mit Einverständnis des Kindes, von seiner Unterhaltsverpflichtung befreien. Ein unentgeltlicher Verzicht für die Zukunft ist auch nichtig (§ 1714 Abs.2). Ein Verzicht kann nur gegen eine Abfindung wirksam ausgesprochen werden. In der Notwendigkeit dieser Abfindung zeigt sich die tatsächliche Unmöglichkeit einer restlosen Befreiung des Vaters von seiner Pflicht. Dass die Abfindung dem Wert der Unterhaltsgewährung entspricht, darüber hat das Vormundschaftsgericht zu wachen, dem nach § 1714 die Genehmigung eines solchen Abfindungsvertrages obliegt. In dieser Beschränkung der Vertragsfreiheit bricht der Gedanke der Gemeinschaft durch.

Alle diese Abweichungen vom normalen Wesen eines Schuldverhältnisses sind aber doch nicht so stark, dass sie dem wahren Recht des unehelichen Kindes zur Anerkennung verhelfen können. Gerade dass sich der uneheliche Vater durch einen Abfindungsvertrag von seiner Unterhaltspflicht befreien kann, ist eine ungerechtfertigte Beschränkung des Rechtes des unehelichen Kindes. Vor allem aber, dass die Pflichten des Vaters sich in dieser Unterhaltsverpflichtung erschöpfen, schlägt dem wahren Recht des unehelichen Kindes ins Gesicht.

Darum gebührt den Reformvorschlägen[1] Beifall, die das Verhältnis des unehelichen Kindes aus einem reinen Schuldverhältnis loslösen und emporheben wollen zu einem Gemeinschafts-

---

1) Eben-Servaes, D.R.1934, S.536f., 1935 S.91ff., 1936 S.478ff.; Lange, D.R.1934 S.82ff.; Bechert, D.R.1935 S.97ff., 1936 S.475ff.; Mössmer, D.R.1936, S.229f.; Eben-Servaes, Zeitschr. d.Ak.f.D.R.1936 S.417; Schmidt-Klevenow, D.R.1937 S.148f.

verhältnis. Mit Recht wird daher gefordert, dass die Verwandtschaft des Vaters mit dem unehelichen Kinde und damit die persönliche Gemeinschaft rechtlich anerkannt wird, dass zum Zeichen dafür das Kind den Namen des Vaters erhält und dass das Kind einen zeitlich unbeschränkten Anspruch auf Unterhalt und persönliche Fürsorge und auch ein Erbrecht gegenüber dem Vater erlangt, wie umgekehrt auch der Vater den gewöhnlichen Unterhaltsanspruch gegenüber dem Kinde bekommen soll, und schliesslich dass dort, wo der Vater nicht feststellbar ist, sämtliche Beihälter gesamtschuldnerisch für den Unterhalt haften sollen.

Jedem Recht gebührt der Platz, der ihm gehört: dem Gemeinschafts- und Personenrecht dort, wo Gemeinschaft ist, dem Vertrags- und Schuldrecht dort, wo wirtschaftlicher Austausch und Güterverkehr herrscht.

Inwieweit in einem solchen dem wahren Wesen des unehelichen Kindesverhältnisses entsprechenden Gemeinschaftsrecht der Vertrag Raum hat, ist schon beim Recht des ehelichen Kindes geprüft worden. Es gilt dasselbe wie dort. Denn das Verhältnis des unehelichen Kindes zu seinen Eltern ist ebenso ein Gemeinschaftsverhältnis wie das des ehelichen Kindes. Der Vertrag hat darum grundsätzlich geradesowenig Raum wie dort. Der uneheliche Vater und die uneheliche Mutter oder der von Amts wegen an ihre Stelle tretende Vormund kann ebenso wenig auf sein Fürsorge- und Erziehungsrecht verzichten oder es durch Vertrag auf andere übertragen, wie die Eltern des ehelichen Kindes. Denn auch hier gründet das Sorge- und Erziehungsrecht in der Persönlichkeit des Berechtigten, die unvertretbar ist.

2. Was aber das Verhältnis der Eltern des unehelichen Kindes untereinander betrifft, so ist dieses vom BGB ebenso wenig in seinem wahren Wesen erkannt worden wie das Recht des unehelichen Kindes. Das BGB hat der Mutter gegen den Vater nur einen Anspruch auf Ersatz der Kosten der Entbindung, sowie der Kosten des Unterhalts für die ersten 6 Wochen nach der Entbindung und etwaiger weiterer notwendiger Aufwendungen gegeben (§ 1715).

Das BGB geht demnach davon aus, dass der Vater an sich der Mütter etwas schuldig geblieben ist, nämlich die volle Verwirklichung der Gemeinschaft, der Gemeinschaft, die in der vorübergehenden geschlechtlichen Vereinigung zum Ausdruck gekommen ist. In der Regel mag dies der Fall sein. In der Regel wird es

zur Bildung der vollen Familiengemeinschaft daran fehlen, dass der Vater oder beide Elternteile nicht den Willen zur Verwirklichung der Gemeinschaft gehabt haben; dann hat ihrer Gemeinschaft das gemangelt, was zu jeder wahren Gemeinschaft gehört: der Vertrag, die Anstrengung des Willens zur Verwirklichung der Gemeinschaft. Hier wird die Rolle des Vertrags in der Gemeinschaft ganz klar. Hier wird deutlich, dass zu jeder wirklichen Gemeinschaft ein Vertrag gehört, dass jede Gemeinschaft zugleich ein Vertrag ist, wenn sie sich auch nicht im Vertrag erschöpft. Hier wird aber auch deutlich, dass jede Gemeinschaft zum Vertrag verpflichtet, und dass die Gemeinschaft es ist, die die Grundlage und Voraussetzung des Vertrages bildet. Dieser Vertrag, der in jeder Gemeinschaft enthalten ist, unterscheidet sich vom echten Vertrag dadurch, dass er nicht aus freien Stücken, nach freiem Belieben der Beteiligten geschlossen wird, sondern dass die Beteiligten gebunden und verpflichtet sind zum Vertrag durch ihre Gemeinschaft.

Wenn aber tatsächlich die Pflicht zum Vertrag vom Vater des unehelichen Kindes verletzt ist, dann müsste er zur Genugtuung dafür mehr als nur die in § 1715 bezeichneten Kosten ersetzen, dann müsste er die verlassene Mutter seines Kindes wirklich dafür entschädigen, dass er mit ihr keine Ehe-und Familiengemeinschaft begründet und dass sie durch den Makel der unehelichen Geburt vielleicht für immer ausserstande gesetzt wird, zu heiraten.

Wo aber die Begründung der ehelichen Gemeinschaft daran gescheitert ist, dass die Eltern ihrem Wesen nach nicht zueinander passen, und wo es nicht die Schuld des Vaters ist, dass er dies verkannt hat, da wäre eine solche Entschädigungspflicht nicht "Recht" oder wenigstens nicht in diesem Masse.

Schliesslich wo die Mutter die Schuld daran trägt, dass es nicht zur Ehe kam, ist jede Ersatzverpflichtung des Vaters ungerechtfertigt, selbst die in § 1715 anerkannte.

Wäre das BGB sich über das wahre Verhältnis von Vertrag und Gemeinschaft klar gewesen, so hätte es eine gerechtere Lösung der Unehelichen-Frage gefunden. Wohl wird das Uebel der unehelichen Geburt wirksam nur dadurch bekämpft, dass man die Volksgenossen auf ihre Pflichten auch in diesen Fragen hin erzieht und ausserdem für die Möglichkeit einer gesunden Frühehe sorgt. Aber die Gerechtigkeit will es, dass der uneheliche Vater, der seine Pflicht zum "Vertrag", seine Pflicht zur Verwirklichung

der Gemeinschaft verletzt, der Mutter eine Genugtuung zu gewähren hat. Selbstverständlich ist es aber, dass nicht der Teil, der immer schuldlos ist, nämlich das Kind, die uneheliche Geburt zu büssen hat, sondern dass ihm die Gemeinschaft zuteil wird, die sein Recht ist, die volle Gemeinschaft mit seinen Eltern.

3. Das dritte Gebiet, in dem das BGB eine Verständnislosigkeit gegenüber dem Verhältnis von Gemeinschaft und Vertrag, von Sollen und Wollen, von Gebundenheit und Freiheit, an den Tag legt, ist die Frage der Abstammung. Das BGB bestimmt in § 1593, dass die Unehelichkeit eines Kindes nur dann geltend gemacht werden kann, wenn der Mann die Ehelichkeit angefochten hat oder, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist. Das Recht der Anfechtung besteht nach § 1594 nur 1 Jahr von dem Zeitpunkt ab, da der Ehemann die Geburt des Kindes erfährt. Das Anfechtungsrecht besteht überhaupt nicht, wenn der Mann das Kind nach der Geburt als das seinige anerkennt (§ 1598 Abs.1).

Das BGB schafft mit diesen Vorschriften bewusst die Möglichkeit, dass das Kind als ehelich gilt, obwohl es überhaupt nicht von den Ehegatten abstammt. Denn wenn der Mann mit Absicht die Ehelichkeit nicht anficht oder sie anerkennt, obwohl er weiss, dass das Kind nicht von ihm abstammt, oder wenn er erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist oder nach der Anerkennung erfährt, dass das Kind von ihm nicht abstammt, dann gilt das Kind unabänderbar als ehelich.

Damit gibt das BGB der Willkür dort einen Raum, wo nur die Naturgesetze entscheiden dürfen. Dies ist ein offener Verstoss gegen das Recht. Die Frage, wer der natürlichen Familie angehört, ist eine Frage der Blutsgemeinschaft. Wo aber die Gemeinschaft herrscht, da hat die Willkür nichts zu sagen. Der Wille kann hier nur nachschaffen, kann nur entfalten, was im Wesen und in der Persönlichkeit angelegt ist. Er kann nicht bestimmen, dass dort eine Verwandtschaft bestehen soll, wo keine Verwandtschaft besteht.

Dies ist der Grund, warum der Vertrag im Familienrecht keinen Platz hat.

Das ist auch der Grund, warum es ein Unrecht ist, dass das BGB die eheliche Abstammung vom Willen des Vaters abhängig sein lässt und nicht nur die eheliche, sondern auch die uneheliche Abstammung, indem es in § 1718 bestimmt, dass wer seine Vater-

schaft öffentlich anerkannt hat, sich nicht darauf berufen kann,dass der Mutter innerhalb der Empfängniszeit andere beigewohnt haben.

Das BGB konnte alle diese Bestimmungen nur deshalb treffen, weil es nicht die richtige Einsicht in das Wesen der Familie hatte und deshalb die Familienbildung der Willkür überliess, womit es dem Vertrag im Familienrecht eine Stellung gab, die dem Wesen der Familie zuwider ist.

Es ist nur eine Notlösung, wenn das Reichsgericht[1] die Frage der ehelichen und unehelichen Abstammung unterscheidet von der blutsmässigen und damit einen Ausweg findet, um der nationalsozialistischen Anschauung von Rasse und Gemeinschaft gerecht zu werden, ohne die zwingende Rechtsvorschrift des § 1594 für ungültig erklären zu müssen. Denn eine einheitliche Beantwortung dieser Fragen ist nicht nur, wie das RG sagt, wünschenswert, sondern erforderlich. Zur Familie i.e.S. soll niemand gehören, der nicht blutsmässig von den Eltern stammt. Auch das uneheliche Kind soll nicht Kindesrechte und -pflichten gegenüber einem Manne haben, von dem es nicht blutsmässig abstammt. Das BGB hat noch nicht die Einsicht unserer Zeit in die Zusammenhänge von Rasse und Recht und Sittlichkeit gehabt. Es wusste noch nicht, dass dort keine echte Familiengemeinschaft möglich ist, wo die Familienglieder rassisch und blutsmässig nicht zusammengehören. Es glaubte, dass die Bildung einer rechten Familiengemeinschaft nur vom Willen abhängig und dass sie eigentlich doch nur Vertrag sei.

Unsere Zeit hat eine bessere Einsicht in diese Zusammenhänge gebracht. Deshalb zielen die Reformbestrebungen mit Recht gerade auf die Abänderung der §§ 1592ff. Es wird mit Recht verlangt[2], dass die Anfechtung der Ehelichkeit nicht nur dem Ehemann, sondern auch der Mutter, dem Kinde und dem Staatsanwalt zusteht und dass das Anfechtungsrecht nicht mit Ablauf einer bestimmten Zeit erlischt. Denn die Feststellung der wahren Abstammung ist die erste Voraussetzung für das Recht der Familie.

---

1) RG Bd.152 S.390.

2) Mössmer,DR. 1936, S.229f.; Eben-Servaes, DR 1936 S.478ff., Trinius, DR.1936 S.499 (Urteil d.OLG. Frkf. vom 10.9.1936, das die Ausschlussfrist des § 1594 unbeachtet lässt); Löwisch, Zt.d.Ak.f.D.R. 1936, S.639; Lohmann, Zt.d.Ak.f. D.R. 1937, S.85. vgl. auch Bergenroth, DR. 1937,SS.145f, der eine familienrechtliche Pflicht zur Duldung der Blutentnahme zwecks Blutgruppenuntersuchung anerkennt.

9. Kapitel. Vertrag und Annahme an Kindesstatt.

I. Die Annahme an Kindesstatt.

Das Wesen des Verhältnisses von Kind und Eltern und damit auch sein Recht ergibt sich aus der Blutsgemeinschaft. Wir kennen jedoch eine Möglichkeit, das Recht eines Kindesverhältnisses zwischen zwei Personen zu schaffen, ohne dass diese durch Blutsgemeinschaft miteinander verbunden sind: die Annahme an Kindesstatt.

Die Annahme an Kindesstatt begründet ein Familienband nicht auf natürliche, sondern auf künstliche Weise, durch den Willen der beteiligten Personen.

Ist die Kindesannahme ein Vertrag? Haben wir hier eine familienrechtliche Beziehung gefunden, die Vertragsbeziehung ist? Ist der Vertrag dem Familienrecht doch nicht fremd?

1. Die geschichtliche Entwicklung der Kindesannahme zeigt, dass schon mehrere Auffassungen vom Wesen der Annahme an Kindesstatt geherrscht haben. Im römischen Recht[1] kam sie in den beiden Formen der adrogatio und der adoptio vor und diente der Erhaltung der Familie und ihres Kultus.

Die adrogatio war ursprünglich wohl eine religiöse Handlung; sie erfolgte populi auctoritate vor den Curiatkommitien und begründete väterliche Gewalt an einem Gewaltfreien. Das Gemeinwesen wirkte hier mit, weil die Familienverhältnisse betroffen wurden. Die adrogatio wird also als familienrechtlicher Akt empfunden.

Anders dagegen die adoptio, die ursprünglich in der Form der dreimaligen mancipatio, zweimaliger manumissio und der in jure cessio an den Wahlvater vorgenommen wurde. Die adoptio bedeutete nichts anderes als den Verkauf des Adoptivkindes in die Knechtschaft. Erst unter Justinian wird sie zu einem vor Gericht abzuschliessenden Vertrag zwischen Gewalthaber und Wahlvater über das Kind.

---

1) vgl. Siber, Röm.Privatrecht, 1928, S.41ff.; R.Sohm, Institutionen, 15.A. S.646ff.

Auch im alten deutschen Recht[1] ist die Aufnahme eines fremden Kindes in die Familie und in die Sippe bekannt. Bei den Franken kam sie noch als "Afatomie" oder "Anbusung" vor. Sie stellte das Kindschaftsverhältnis künstlich her in der Form, dass das Kind dem Wahlvater übergeben wurde, worauf dieser zum Ausdruck des Vaterverhältnisses ihm die Waffen reichte, das Haar schor, es auf seine Knie setzte, in sein Gewand hüllte und es mit den Armen umfing. Der Kindesannahme stand die Blutsbrüderschaft - künstliche Herstellung eines Geschwisterverhältnisses - zur Seite, die durch Zusammenträufeln des Blutes, und die Schwurbrüderschaft, die durch Eid begründet wurde. Die Form der Annahme an Kindesstatt wurde oft auch dazu verwendet, um ein Erbrecht, ein Pflegeverhältnis oder ein Bündnis zu begründen, oder uneheliche Kinder zu legitimieren. Aus der Kindesannahme und der Verbrüderung entwickelten sich im Mittelalter die Brüderschaften, die Gilden und die sonstigen Genossenschaften.

Wir sehen, dass die römische Adoption ursprünglich als ein Verkauf des Kindes an den Wahlvater aufgefasst wurde, während die Kindesannahme im deutschen Recht und wohl auch die römische adrogatio ein familienrechtlicher Akt waren. Im deutschen Recht zeigt sich die Kindesannahme deutlich als Aufnahme in den Familienverband. Ebenso ist die Verbrüderung des deutschen Rechts die Herstellung eines Familienverhältnisses.

2. Wir erkennen schon aus der geschichtlichen Betrachtung, dass die Auffassung von der Kindesannahme als einem Kaufvertrag einem fremden Denken entspringt, einem Denken, das den Menschen als Sache, nicht als Person bewertet, und dass wir dem wahren Gehalt der Kindesannahme nur dann nahekommen, wenn wir sie als persönliche Aufnahme in eine Gemeinschaft oder als Zusammenschluss zu einem persönlichen Bund ansehen. Einen Vertrag in dem Sinn, in dem wir dieses Wort heute gebrauchen, können wir sie nicht nennen. Mit dem Wort Vertrag verbindet sich etwas Aeusserliches und Unpersönliches. Man schliesst über Personen keinen Vertrag, am allerwenigsten über seine eigene Person. Darum entspricht es nicht der Wirklichkeit, wenn das BGB in § 1741 die

---

1) vgl.Schreuer, Deutsches Privatrecht,S.429f.; Schroeder-Künssberg,Lehrb.d.Dt.Rechtsgeschichte 7.A.,S.72f.,351f.,356, 817; Amira,Grundr.d.germ.Rechts,3.A. S.188,175; Brunner,D.Rechtsgeschichte,1.Bd.S.103,132, 2.Bd.S.32,43;Hübner,Grundz.d.dt. Privatrechts,S.700f.

Kindesannahme als"Vertrag" bezeichnet[1]. Das Rechtsverhältnis, das der Kindesannahme entspringt, ist kein Vertragsverhältnis, sondern ein Gemeinschaftsverhältnis, ein Familienverhältnis. Die deutsche Sprache besitzt noch kein eigenes Wort für die Begründung solcher Gemeinschaftsverhältnisse. Vielleicht wird sich ein solches finden, wenn die Eigenart dieser Verhältnisse gegenüber dem Vertrag einmal klar erkannt ist; vielleicht wird auch der Vertragsbegriff seine ursprüngliche Weite und Tiefe wieder annehmen, so dass er auch das echte Gemeinschaftsverhältnis umfasst.

Die Grundlage der Kindesannahme ist nicht der blosse Wille der Beteiligten, sondern die Wesensgemeinschaft, die sie zusammenschliesst. Wohl ist diese Gemeinschaft nicht eine natürliche, eine Blutsgemeinschaft, wie sie zwischen den leiblichen Kindern und ihren Eltern besteht. Aber die Beteiligten stehen sich doch nicht so neutral gegenüber wie echte Vertragsparteien. Sie finden sich zur Gemeinschaft der Adoptionsfamilie zusammen, weil sie zusammenpassen, weil sie so zusammenpassen, wie leibliche Kinder mit ihren Eltern. Nicht der Wille der Beteiligten ist in erster Linie massgeblich, sondern ihr Wesen. Dieses entscheidet, ob sie für einander geschaffen sind, ob sie also ein "Gemeinwesen" sind.

Natürlich ist es oft schwer, zu wissen, ob das angenommene Kind zum Annehmenden passt, da es wegen seines jugendlichen Alters sein wahres Wesen noch nicht erkennen lässt. Aber der Annehmende wird sich immer zuerst darüber vergewissern, aus welcher Familie das Kind stammt. Er wird daraus Rückschlüsse auf das Wesen des Kindes ziehen und darnach beurteilen, ob das Kind zu ihm passt. Ganz deutlich zeigt sich der Gemeinschaftscharakter des Adoptionsverhältnisses dann, wenn jemand in reiferem Alter an Kindesstatt angenommen wird; in diesem Fall wird eine Adoption nicht erfolgen, wenn der Anzunehmende seinem Wesen und seiner Art nach nicht zu dem Annehmenden passt. Das Kindesverhältnis setzt eine seelische, innerliche Verbundenheit voraus. Diese ist aber nicht möglich, wo zwischen den Beteiligten jede Wesens- und Artgemeinschaft fehlt.

---

1) Die Motive Bd.4 S.956 befassen sich nur sehr kurz mit dieser Begriffsbestimmung. Sie lassen sich von der aus dem römischen Recht überkommenen Vertragsauffassung des gemeinen Rechts leiten und begründen darum den "rechtsgeschäftlichen Charakter" der Kindesannahme nur ganz oberflächlich mit der "Natur" dieses Verhältnisses.

3. Tatsächlich ist auch im BGB das Recht der Kindesannahme nicht als Vertragsrecht ausgestaltet, sondern als Gemeinschaftsrecht. Wir finden lauter Bestimmungen, die nicht dem Vertragsrecht entstammen, sondern nur aus dem Gemeinschaftscharakter des Adoptionsverhältnisses ihre Erklärung finden können.

Wie die Ehe darf auch die Annahme an Kindesstatt nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen (§ 1742). Das Adoptionsverhältnis ist ein persönliches Verhältnis, das als Wesensgemeinschaft nicht willkürlich gebildet und auch nicht von willkürlichen Bedingungen und Zeitbestimmungen abhängig gemacht werden kann. Als persönliches Verhältnis verträgt es - im Gegensatz zum Vertrag - keinen Schwebezustand.

Wie die Ehe kann auch der Annahmevertrag durch einen Vertreter nicht geschlossen werden (§ 1750); denn das Kindesverhältnis, das durch die Annahme geschaffen werden soll, ergreift die Person in ihrem innersten Kern, in ihrer Eigenart, die nicht durch einen anderen vertreten werden kann. Nur wo das Kind noch nicht das 14.Lebensjahr vollendet hat, kann sein gesetzlicher Vertreter den Vertrag mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts schliessen (§ 1750 Abs.1 Satz 2). In diesem Punkt aber liegt gerade die Schwäche der Kindesannahme; denn wenn der Angenommene noch so jung ist, weiss man noch nicht, wie sich sein Wesen entwickelt und ob er zu dem Annehmenden passt, ob also überhaupt eine echte Gemeinschaft zustandekommen kann. Das Gesetz sucht diese Gefahr dadurch wenigstens etwas zu bannen, dass es die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verlangt, was aber natürlich keine völlige Sicherheit bietet.

Eine Bestimmung, die bei einem echten Vertrag ganz unverständlich wäre, ist die Vorschrift des § 1744, wonach der Annehmende das 50.Lebensjahr vollendet haben und mindestens 18 Jahre älter als das Kind sein muss. Diese Bestimmung wäre bei einem Vertrag über eine Sache sinnlos. Sie zeigt, dass man sich bei der Kindesannahme über etwas anderes verträgt, nämlich über persönliche Verhältnisse. Die Vorschrift ergibt sich aus dem Wesen der Kindesannahme, die ein persönliches Kindesverhältnis schaffen soll. Ein echtes Kindesverhältnis kann aber nur bei einem gewissen Altersunterschied des Annehmenden und Angenommenen entstehen.

Auch das Erfordernis der Einwilligung des Ehegatten (nach § 1746) und der Eltern (nach § 1747) wäre bei einem Sachvertrag ungewöhnlich. Verträge über Sachen lassen das persönliche Verhältnis der Ehegatten, wie auch das persönliche Verhältnis der Eltern zu den Kindern unberührt; ein Kind braucht zu einem Sachvertrag höchstens die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, nicht aber die der Eltern. Nur weil die Kindesannahme die Persönlichkeit der Beteiligten als solche erfasst, ist die Einwilligung derer erforderlich, mit denen sie in engster persönlicher Gemeinschaft stehen.

Die hauptsächlichste Abweichung vom Vertragsrecht des BGB liegt darin, dass die Kindesannahme der gerichtlichen Bestätigung bedarf (§ 1741 Satz 2). Der Grund für die staatliche Bestätigung liegt in dem personenrechtlichen Wesen der Kindesannahme. Für gewöhnliche Verträge ist in der Regel eine staatliche Bestätigung nicht notwendig. Denn sie betreffen nicht die Persönlichkeit als solche, sondern nur ihre Sache. Sie betreffen nur die äussere, sachliche Seite der Persönlichkeit, deren Verletzung nicht so folgenschwer ist. Darum genügt es, die Verträge durch allgemeine Vorschriften in den rechten Schranken zu halten. Die Adoption dagegen betrifft das Innerlichste des Menschen, sie will ein ganz persönliches Verhältnis begründen. Da aber die natürliche Verbundenheit der Familie fehlt, ist ein Missbrauch leicht möglich. Es können unter der Form der Adoption eigennützige Zwecke verfolgt werden[1]. Besonders kann durch die Adoption die wahre rassische Abstammung verdeckt werden. Die Adoption kann in einen echten "Vertrag" ausarten. Dies verstösst aber gegen das Wesen der Familie, die Gemeinschaft ist, und es verstösst damit gegen die Grundlage der Volksgemeinschaft, die sich aus den Familien aufbaut. Um zu überwachen, dass die Adoption ihrem wahren Wesen und Recht entspricht, ist die gerichtliche Bestätigung notwendig.

Früher begnügte sich der Staat bei der Ueberwachung der Adoption mit der Prüfung, ob die gesetzlichen Erfordernisse erfüllt waren (§ 1754 Abs.2 alte Fassg.). Zu diesen gesetzlichen

---

1) Die Motive Bd.4 S.951 möchten durch das Erfordernis der gerichtlichen Bestätigung einem Missbrauch der Kindesannahme begegnen, vor allem dem, dass sie zu eigennützigen Zwecken abgeschlossen wird.

Erfordernissen gehörte auch, dass die Kindesannahme nicht zum blossen Schein abgeschlossen wurde, um ein anderes Geschäft dadurch zu verdecken und dass sie nicht gegen die guten Sitten verstiess (§§ 117, 138). Das Gericht musste deshalb die Bestätigung versagen, wenn die Kindesannahme nur zu dem Zwecke der Namensübertragung abgeschlossen oder sonst gegen ein Gesetz oder gegen die guten Sitten verstiess.

Da die Gerichte offenbar nicht immer mit der erforderlichen Gründlichkeit geprüft haben, ob diese gesetzlichen Erfordernisse gegeben waren, und vielleicht auch öfters die ausreichenden Grundlagen für eine eindeutige Feststellung nicht vorhanden waren, kam es öfters vor, dass eine Annahme an Kindesstatt bestätigt wurde, obwohl sie sittenwidrig oder aus einem sonstigen Grund nichtig war[1].

Um derartige Fälle in Zukunft zu verhüten und die Nichtigkeit der in der jüngsten Vergangenheit häufiger vorkommenden, in die Form einer Adoption gekleideten Namenskäufe festzustellen, wurde durch Gesetz vom 23.11.1933 (RGBl.S.929 ff) ausdrücklich bestimmt, dass die Beteiligten die Absicht haben müssen, ein dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechendes Familienband herzustellen. Darum ist die Bestätigung nach dem neuen § 1754 Abs.2 Ziff.2 und 3 auch dann schon zu versagen, wenn begründete Zweifel darüber bestehen, dass durch die Kindesannahme ein Familienband hergestellt werden sollte, oder wenn vom Standpunkt der Familie des Annehmenden oder im öffentlichen Interesse wichtige Gründe gegen die Herstellung eines Familienbandes sprechen. Nach Art.V § 1 des Gesetzes ist die Nichtigkeit einer zwischen dem 9.11.1918 und dem Inkrafttreten des Gesetzes bestätigten Annahme an Kindesstatt von Amts wegen festzustellen, wenn anzunehmen ist, dass ein dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechendes Familienband nicht hatte hergestellt werden sollen.

Durch diese neue Gesetzgebung ist das Wesen der Annahme an Kindesstatt klar herausgestellt worden. Die bisherige Unklarheit und Verschwommenheit ist beseitigt. Aus der Ausdrucksweise des BGB, dass die Annahme an Kindesstatt vom Gericht

---

1) vgl. die amtliche Begründung zur Neufassung des § 1754 durch das Gesetz vom 23.11.1933, D.J. 1933 S.765.

zu bestätigen sei, wenn ein "gesetzliches Erfordernis" gegeben ist, konnte zu der Annahme verleiten, dass nur die formalen gesetzlichen Erfordernisse erfüllt sein mussten, dass also der Wille der Beteiligten nur auf die Erzeugung der formalen Rechtswirkungen, nicht aber auf die Herstellung eines wirklichen Eltern- und Kindesverhältnisses gerichtet sein brauchte. Diesem Irrtum ist die Rechtssprechung verfallen.

Während die Rechtsprechung in der ersten Zeit noch verlangte[1], dass der Wille der Beteiligten auf die Begründung eines Familienverhältnisses gerichtet sein müsse, und deshalb einen nichtigen Scheinvertrag annahm, wenn nur die Namensübertragung gewollt war, verlangt man später nicht mehr den Willen zur Herstellung eines dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechenden tatsächlichen Zustandes. Man machte nur zur Voraussetzung, dass die Rechtswirkungen ernstlich gewollt waren. Ein Vertrag, bei dem die Rechtswirkungen der Annahme an Kindesstatt zwar gewollt, aber an sich nur die Namensübertragung bezweckt war, wurde höchstens wegen Sittenwidrigkeit, nicht aber wegen Scheinerklärung für nichtig angesehen.[2]

Das Reichsgericht hat nun in der neuesten Zeit entschieden[3], durch das Gesetz vom 23.11.1933 sei eine neue Voraussetzung aufgestellt worden, nämlich die Absicht der Beteiligten, ein dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechendes Familienband herzustellen. Aus diesem Grund sei ein Annahmevertrag für nichtig zu erklären, wenn nur die Namensübertragung, nicht aber die Begründung eines Familienverhältnisses bezweckt war. Das RG. bestreitet die Meinung des K.G., wonach das Gesetz nur die Nichtigkeit der Verträge feststellen wollte, die bis jetzt schon nach §§ 117, 138 nichtig waren. Ein Scheinvertrag bestehe eben dort nicht, wo zwar nicht die tatsächliche Begründung eines Familienbandes, aber doch die rechtlichen Folgen des Adoptivvertrages ernstlich gewollt seien.

Diese Auffassung des Reichsgerichts wird dem Wesen der Annahme an Kindesstatt nicht gerecht. Der Wille, ein tatsäch-

---

1) OLG. Bd.7 S.425, Bd.12 S.349, Bd.18 282; RG Bd.29 S.131.
2) OLG. Bd.42 S.186; Warn. 1911 Nr.3; HRR.1929 Nr.12; JW 1925, S.373 (Bayr.OLG.); RJA. Bd.16 S.27.
3) RG. Bd.147 S.220; ebenso JW. 1936 S.2757.

liches Familienband zu begründen, kann nicht unterschieden werden von dem Willen, nur die rechtlichen Wirkungen der Annahme an Kindesstatt hervorzubringen.

Bei einem Vertrag ist der Wille der Beteiligten in erster Linie auf die rechtlichen Wirkungen des Vertrages gerichtet, nicht aber auf die Begründung des durch den Vertrag geschaffenen Gemeinschaftsverhältnisses. Wo aber eine Gemeinschaft gebildet wird, da ist der Wille der Beteiligten auf die Bildung des Gemeinschaftsverhältnisses als Ganzem gerichtet. Z.B. wollen die Ehegatten durch die Eheschliessung in erster Linie die Ehe, das eheliche Gemeinschaftsverhältnis begründen; sie denken dabei nicht an die einzelnen Rechtswirkungen. Diese sind natürlich auch mit gewollt. Aber sie werden als selbstverständliche Folge der Eheschliessung angesehen. Der Wille ist auf sie nicht besonders gerichtet, sondern nur auf die eheliche Gemeinschaft im Ganzen. Daraus, dassdie Ehe als Gesamtverhältnis gewollt ist, ergibt sich als natürliche Folge, dass auch die einzelnen Rechtswirkungen gewollt sind.

Ebenso ist es bei der Annahme an Kindesstatt. Der Wille der Beteiligten ist auf die Herstellung des Familienbandes im ganzen gerichtet; dass damit die einzelnen Rechtswirkungen mitgewollt sind, ergibt sich als Folge des auf das ganze Adoptionsverhältniss gerichteten Willens.

Darum war es schon vor dem Gesetz von 1933 falsch, nur zu verlangen, dass der Wille auf die Rechtswirkungen der Annahme an Kindesstatt gerichtet ist und nicht auf die Begründung des tatsächlichen Familienbandes. Der Wille muss auf die Begründung der Familiengemeinschaft gerichtet sein. Wo dieser Wille fehlt, fehlt auch der Wille zur Erzeugung der einzelnen Rechtswirkungen. Heute wie damals liegt ein Scheinvertrag vor, wo die Begründung eines tatsächlichen Familienbandes nicht gewollt ist. Das Gesetz von 1923 (Art. V § 1) wollte die an sich schon nach bisherigem Recht (§ 107) vorliegende Nichtigkeit der Kindesannahme nur von Amts wegen festgestellt haben. Das geht auch deutlich aus der amtlichen Begründung zu dem Gesetz hervor, wonach die "Feststellung" der Nichtigkeit früherer Adoptionsverhältnisse ausserhalb aller Zweifel stellen sollte, dass der Angenommene kein Recht mehr hat, den Namen des Annehmenden zu führen[1].

1) D.J. 1933, S.765; ebenso Pfundtner-Neubert,Das neue deutsche Reichsrecht,II b 23, Anm.7 zu Art.V § 1.

Die Rechtsprechung, die die Begründung eines tatsächlichen Familienbandes von der Erzeugung der Rechtswirkungen unterscheidet, zeigt damit, dass sie in das Wesen der Annahme an Kindesstatt nicht voll eingedrungen ist. Sie hängt noch an der Auffassung, es handle sich hier um einen Vertrag, wie z.B. den Kaufvertrag. Beim echten Vertrag ist der Wille auf die einzelnen Rechtswirkungen gerichtet, bei einem Gemeinschaftsverhältnis dagegen auf die Begründung der Gemeinschaft als solcher. Das dem natürlichen Eltern- und Kindesverhältnis entsprechende Familienband ist als tatsächliches Verhältnis zugleich Rechtsverhältnis. Die Gemeinschaft ist als tatsächliche Gemeinschaft auch Rechtsgemeinschaft. Es ist Rechtens, dass der Wille der Beteiligten auf die Begründung von inneren, seelischen Beziehungen gerichtet ist. Denn dass persönliche Beziehungen vorhanden sind, ist gerade das Wesen der Adoptivgemeinschaft und damit ihr Recht.

Das Wesen der Kindesannahme ist durch das Gesetz von 1933 nur klargestellt und verdeutlicht, nicht aber umgestaltet worden. Darum kann von einer "bewussten Gesetzesänderung" - wie es das Reichsgericht nennt - nicht die Rede sein. Aus dem richtig verstandenen Wesen des Adoptionsverhältnisses ergibt sich von selbst, was das Gesetz von 1933 ausgesprochen hat. Hätte die Rechtsprechung die richtige Einsicht in das Wesen des Adoptionsverhältnisses gehabt und in ihm nicht einen Vertrag, sondern eine Gemeinschaft erblickt, so wäre es unnötig gewesen, den Gemeinschaftscharakter durch das Gesetz zu verdeutlichen und ausser allen Zweifel zu stellen.

Aus dem Wesen des Adoptionsverhältnisses ergibt sich auch das in § 1754 Abs.2 Z.2 ausgesprochene Erfordernis, dass nur ein solches Familienband hergestellt werden soll, das vom Standpunkt der Familie und im öffentlichen Interesse nicht unerwünscht ist. Eine wahre Familiengemeinschaft kann nicht hergestellt werden, wenn das Adoptivkind aus einer körperlich, geistig oder moralisch minderwertigen Sippe stammt und damit selbst diese minderwertigen Eigenschaften hat. Der Familienverband wird zerstört, wenn ein Trinker, Gewohnheitsverbrecher usw. in ihn Eingang findet[1]. Ebenso ist ein wahres Familien-

1) Pfundtner-Neubert, a.a.O. A.13 zu Art. II Nr.4.

verhältnis dann nicht herstellbar, wenn Annehmender und Angenommener in rassischer Beziehung völlig verschiedenartig sind[1].

4. Die durch die Annahme an Kindesstatt begründete Familiengemeinschaft hat alle Rechtswirkungen, die auch der natürlichen Familiengemeinschaft entspringen. Der Angenommene erlangt die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes (§ 1757), erhält den Familiennamen des Annehmenden (§ 1758) und kommt, solange er minderjährig ist, unter die elterliche Gewalt des Annehmenden (§ 1757, 1626, 1627ff.); ferner bekommt er einen Unterhaltsanspruch gegenüber dem Annehmenden, wie dieser auch gegenüber dem Angenommenen (§§ 1757, 1601ff.), und erlangt ein Erbrecht gegenüber dem Annehmenden (§ 1757, 1924). Die einzige Abweichung ist die, dass der Annehmende kein Erbrecht gegenüber dem Angenommenen erwirbt (§ 1759). Der Grund hiefür liegt darin, dass wenn der Annehmende erbberechtigt werden würde, der Charakter der Kindesannahme sich leicht verschieben und sich das Adoptionsverhältnis aus einem familienrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis in ein mehr eigennütziges Erbvertragsverhältnis wandeln könnte. Ja, auch das Erbrecht des Kindes kann ausgeschlossen werden (§ 1767 Abs.1). Es soll eben nur das persönliche Gemeinschaftsverhältnis zwischen Annehmendem und Angenommenem wesentlich sein.

Mit Ausnahme des eben erwähnten Kindeserbrechts und der Nutzniessung des Annehmenden am Kindesvermögen (§ 1767 Abs.1), können die Rechtswirkungen der Kindesannahme nicht abgeändert werden (§ 1767 Abs.2). Denn sie entsprechen der Wesens- und Artgemeinschaft von Adoptiveltern und Adoptivkind. Die Gesetze dieser Gemeinschaft sind - wie die einer jeden Gemeinschaft - der Willkür der Gemeinschaftsglieder entzogen. Die Glieder einer Gemeinschaft können sich nicht willkürlich über das hinwegsetzen, was sich aus der in ihrem Wesen gründenden Gemeinschaft ergibt. Die Vorschrift des § 1767 Abs.2 ist ein deutliches Zeichen dafür, dass das Verhältnis der Adoptiveltern zum Adoptivkind kein blosses Vertragsverhältnis ist.

5. Da die Annahme an Kindesstatt kein echter Vertrag, sondern die Begründung eines Gemeinschaftsverhältnisses ist,

---

1) Pfundtner-Neubert, a.a.O., A.14 zu Art. II Nr.4; Massfeller, Zeitschr.d.Ak.f.D.R. 1935 S.763ff.; vgl.den neuesten Runderlass des Reichsinnenministers v.August 1937.

findet das allgemeine Vertragsrecht des BGB ebensowenig unmittelbare Anwendung, wie bei den anderen Gemeinschaftsverhältnissen, der Verlobung, der Ehe und dem Ehevertrag. Nur soweit das Wesen der Gemeinschaft mit dem Wesen des Vertrags übereinstimmt, gilt auch das gleiche Recht. Die allgemeinen Vertragsvorschriften sind nur analog, sind entsprechend anzuwenden. Dies steht in keinem Gegensatz zu dem § 1755, der die unmittelbare Anwendung der Anfechtungsvorschriften voraussetzt. Denn jede Rechtsanwendung ist "sinngemäss". Die Rechtsfolge des Gesetzes gilt nur für den Tatbestand, den das Gesetz voraussetzt. Die Tatbestände der Wirklichkeit sind alle mehr oder weniger eigenartig und dulden deshalb nicht, dass man die Rechtsfolge des Gesetzes ohne weiteres gelten lässt. Aehneln die Tatbestände der Wirklichkeit dem Tatbestand des Gesetzes, so gilt das vom Gesetz ausgesprochene Recht "sinn-gemäss". Wir lesen aus dem Gesetz einen Sinn, indem wir in ihm das Recht erkennen, und wir wenden das Gesetz gemäss seinem Sinn auf die Tatbestände der Wirklichkeit an, indem wir von dem Sinn des Gesetzes auf den Sinn des wirklichen Falles, von dem Recht des Gesetzes auf das Recht des Falles schliessen. So ist jede Rechtsanwendung eine "sinngemässe" Anwendung; vollends dort, wo der Tatbestand der Wirklichkeit von dem Tatbestand des Gesetzes sich so stark unterscheidet, dass wir dort von Gemeinschaft, hier von Vertrag reden.

So ist das Recht der Rechtsgeschäfte (§§ 104ff.) sinngemäss auf die Annahme an Kindesstatt anzuwenden. Denn die Annahme an Kindesstatt "schafft" auch ein "Recht", ein Rechtsverhältnis und ist in diesem Sinne "Rechtsgeschäft". Sie unterscheidet sich vom typischen Rechtsgeschäft nur dadurch, dass sie ein personenrechtliches,nicht bloss vermögensrechtliches Verhältnis "schafft". Personenrechtsverhältnisse werden aber nicht eigentlich geschaffen, sondern höchstens nachgeschaffen nach dem Recht, das in der Person und ihrer Gemeinschaft schon liegt.

Sinnentsprechend dürfen wir deshalb den § 117 anwenden, wonach die Annahme an Kindesstatt nichtig ist, wenn sie nur zum Schein erklärt wird.

Sinngemäss gilt auch das Recht der Anfechtung nach §§ 119ff. Während bei den typischen Rechtsgeschäften - den Vermögensrechtsgeschäften - die Anfechtung wegen Irrtums über die

persönlichen Eigenschaften naturgemäss seltener vorkommt[1], ist sie bei der Annahme an Kindesstatt als einem "Personen-Rechtsgeschäft" von grösserer Bedeutung. Mit Recht nimmt deshalb das RG. an[2], dass den persönlichen Eigenschaften der bei der Kindesannahme Beteiligten eine erhöhte Bedeutung zukommt und dass solche Eigenschaften es besonders rechtfertigen können, dass der Annehmende bei Kenntnis der Eigenschaften und bei verständiger Würdigung des Falles die Annahme nicht ausgesprochen hätte.

Es gelten für die Annahme an Kindesstatt auch die §§ 138 und 134. Die Kindesannahme ist nichtig wegen Sittenwidrigkeit und wegen Verstosses gegen das Gesetz, wie wir schon oben gesehen haben.

Dagegen kommen die allgemeinen Vorschriften über Bedingung und Zeitbestimmung (§§ 158ff.), über Vertretung und Vollmacht (§§ 164ff.) und über Verjährung (§ 194ff.) überhaupt nicht oder nur beschränkt zur Anwendung, wie sich aus den schon oben angeführten Gesetzesvorschriften ergibt. Das Recht der Schuldverhältnisse gilt nur in ganz beschränktem Masse. Eine Uebertragung der Rechte aus dem Adoptionsverhältnis auf einen anderen ist ebenso unmöglich wie bei den Rechten, die aus der natürlichen Familiengemeinschaft fliessen.

Im Gegensatz zum natürlichen Familienverhältnis kann das durch die Kindesannahme gebildete Familienverhältnis durch Vertrag aufgehoben werden (§§ 1768ff.). Hier zeigt sich, dass bei der künstlichen Familiengemeinschaft der Vertragscharakter stärker ist als bei der natürlichen. Während das natürliche Familienband nicht völlig, sondern nur bis zu einem gewissen Grad gelöst werden kann, nämlich indem das Zusammenleben aufgegeben oder aufgehoben wird, ist beim Adoptionsverhältnis auch die vollständige Trennung des Bandes möglich. Dies entspricht der Scheidung bei der Ehe. Da die Annahme an Kindesstatt ein anders geartetes und nicht so inniges Verhältnis ist wie die Ehe, so kann sie auch durch gegenseitiges Einverständnis gelöst werden. Tatsächlich wird damit aber nicht der Willkür eine Bahn geöffnet. Denn eine solche vertragsmässige Lösung wird nur dann erfolgen und vom Gericht (nach § 1770 i.V.

---

1) Vgl. Lehmann, allgemeiner Teil des BGB, 3.A. S.235.
2) RG. Bd.147 S.310. Es ist auch zu billigen, dass das RG. JW.1932 S.1397 ein Anfechtungsrecht nach § 119 bei einer auf Erbanlage beruhenden psychopatischen Veranlagung des angenommenen Kindes gibt. Vgl. auch RG. Bd.152 S.228.

mit § 1741 S.2) bestätigt werden, wenn ein Grund zur Lösung besteht, d.h. wenn zwischen den Beteiligten keine wirkliche Gemeinschaft des Wesens mehr herrscht. Wo die Annahme an Kindesstatt wirklich das ist, was sie sein soll, da wird sie auch nicht mehr aufgehoben. Die leichtere Aufhebungsmöglichkeit hat ihren Grund nicht darin, dass die Adoptionsfamilie eine schwächere Gemeinschaft ist als die natürliche, sondern darin, dass bei der etwaigen Jugendlichkeit des Adoptierten und beim Fehlen einer natürlichen Verwandtschaft ein Irrtum darüber, ob die Beteiligten zusammenpassen, leichter unterlaufen kann. Als Gemeinschaft ist auch die Adoptivfamilie grundsätzlich der Willkür der Beteiligten unzugänglich und darum unauflöslich.

II. Der Erbvertrag.

Wie wir gesehen haben, begründet die Annahme an Kindesstatt auch ein Erbrecht des Angenommenen gegenüber dem Annehmenden. Dieses Erbrecht hat seinen Grund in der Gemeinschaft, die zwischen beiden besteht. Aus der Annahme an Kindesstatt hat sich im Laufe der Geschichte jener Teil der Adoption, der das Erbrecht begründet, selbständig herausgeschält. Man konnte jemandem ein Erbrecht verschaffen, ohne ihn an Kindesstatt anzunehmen. Man konnte nicht nur ein an sich nicht bestehendes Erbrecht neu begründen, sondern man konnte auch ein kraft der Blutsverwandtschaft schon bestehendes Erbrecht besonders ausgestalten. Die Vereinbarung, durch die das geschah, ist der Erbvertrag.

Der Erbvertrag muss hier, auch wenn er zum Erbrecht und nicht mehr zum eigentlichen Familienrecht gehört, kurz gestreift werden. Denn das Erbrecht ist auch Familienrecht. Es ist das Recht der Familie am Vermögen eines verstorbenen Familiengliedes. Das Erbrecht ist der vermögensrechtliche Ausfluss der Familiengemeinschaft. Der Erbvertrag gibt daher zu ähnlichen Fragen Anlass, wie der Annahmevertrag, der Ehevertrag oder ein sonstiger "Vertrag" im Familienrecht, nämlich zu der Frage, ob es sich hier überhaupt um einen echten Vertrag handelt oder wie es möglich ist, dass ein Vertrag im Familienrecht vorkommt.

Zwar gibt die Vertragsnatur des Erbvertrags nicht zu so schweren Zweifeln Anlass wie die der Kindesannahme, weil er nicht ein persönliches Verhältnis begründen soll wie die Annahme an Kindesstatt, sondern nur ein vermögensrechtliches. Aber er greift doch in das Gemeinschaftsverhältnis der Familie ein. Denn er gestaltet das Erbrecht, das in der Familiengemeinschaft begründet ist, um.

Der Erbvertrag hat sich aus dem alten deutschen Recht entwickelt[1]. Ursprünglich gab es nur eine Erbfolge innerhalb der Familie. Die Familie war die eigentliche Inhaberin des Vermögens und wenn ein Familienmitglied starb, so änderte das nichts an der Zugehörigkeit des Vermögens: es blieb bei der Familie. Ein Erbrecht im eigentlichen Sinn gab es nicht, da die Familie als solche unsterblich war. Nur der Selbsterwerb, besonders die Kriegsbeute, war echtes Eigentum, das aber nicht vererbt, sondern dem Toten ins Grab mitgegeben wurde.

Erst allmählich entstand das Eigentum, zuerst am Vieh und an der Fahrnis, und damit entstand auch das Erbrecht. Während das Vermögen bisher der Familie zur gesamten Hand gehörte, wurde es allmählich auf die einzelnen Glieder verteilt. Die persönliche Familienverbundenheit wirkte sich in wirtschaftlicher Hinsicht nur noch dahin aus, dass das Vermögen eines verstorbenen Familiengliedes auf die Ueberlebenden überging.

Das Recht auf das Vermögen des Verstorbenen war das Erbrecht. Das Erbrecht hat also seine Grundlage in der Familiengemeinschaft. Es ist ein Gemeinschaftsrecht, wenn auch ein Recht am äussersten Bereich der Gemeinschaft, ein Recht an der Sache. Es beruht nicht auf dem Willen des Einzelnen oder auf Vertrag, sondern auf der Gemeinschaft der Familie[2].

---

1) Vgl. Amira, Grundr.d.germ.Rechts S.173f., 177, 204; Schroeder, Lehrb.d.deutsch.Rechtsgesch., 6.A.,S.77f., 356ff., 820ff.; Heusler, Institt.d.deutsch.Privatrechts, 2.Bd. 1886, S.621ff., 630ff.; Brunner, Deutsche Rechtsgesch.,1.Bd., 2.A., S.104ff., 128.

2) Das ist auch der Grund, warum im Erbhofrecht der Vertrag nicht zu finden ist.Der Erbh. kann grds.weder veräussert noch belastet werden (§ 37 Erbh.Ges.). Der Bauer besitzt seinen Hof nur als Glied seiner Familie und seines Volkes.

Während dem römischen Recht der Gemeinschaftscharakter des Erbrechts rasch verloren ging und sich das Erbrecht zu einem Recht auf Grund des letzten Willens des Einzelnen entwickelte[1], ging die Entwicklung im deutschen Recht viel langsamer und erreichte nicht den extremen Standpunkt des römischen Rechts.

Im deutschen Recht ging der Nachlass des Verstorbenen unmittelbar auf die Angehörigen seiner Familie über, wurde also nicht durch Verfügung des Erblassers übertragen. Allmählich aber kamen solche letztwilligen Verfügungen des Erblassers auf. Die einfachste Form war die, dass der Erblasser vor seinem Tod die Sachen an die einzelnen Familienmitglieder verteilte.

Eine weitere Form der letztwilligen Verfügung entstand dadurch, dass der Erblasser, der keine Abkömmlinge hatte, ein Kind durch "Anbusung" annahm, damit er jemand hatte, der ihm die Totenopfer bringen konnte; dafür gab er dem angenommenen Kind sein Erbe. Als die Totenopfer vom Christentum verdrängt wurden, verlor die Anbusung ihren eigentlichen personenrechtlichen Grund und es blieb nur die vermögensrechtliche Seite übrig. Sie wurde zur blossen Vermögensübertragung an den Bedachten. Das Gut wurde zu Lebzeiten des Erblassers einem Salmann, einem Treuhänder übertragen, der es dann binnen Jahr und Tag dem Bedachten ausfolgte. Später wurde das Gut durch Vergabung von Todeswegen direkt an den Bedachten übertragen.

Eine dritte Wurzel für die letztwillige Verfügung bildeten die schon erwähnten Grabgaben, die dem Toten ins Grab mitgegeben wurden und die sich in christlicher Zeit in Seelgaben wandelten, mit denen die Kirche zum Seelenheil des Verstorbenen bedacht wurde. Es waren Schenkungen von Todeswegen, die mit dem Todesfall an den Bedachten fielen. Diese donationes post obitum erfolgten nicht nur an die Kirche, sondern auch an andere Personen. Die Schenkungen von Todeswegen verschmolzen sich mit den Vergabungen von Todeswegen und entwickelten sich zu den Erbverträgen und den einseitigen letztwilligen Verfügungen.

Sowohl die Erbverträge als auch die letztwilligen Verfügungen haben demnach ein Gemeinschaftsverhältnis zur historischen und auch logischen Grundlage, sei es die Gemeinschaft

---

1) Siber, Röm.Privatrecht, S.328ff.; Sohn, Institut. S.674ff.

der Familie, sei es die Gemeinschaft mit dem an Kindesstatt angenommenen Kind, mit Freunden oder mit der Kirche. Ein Gemeinschaftsverhältnis liegt ihnen auch heute noch zugrunde.

Hauptsächlich Verwandtschaft, aber auch allgemeine Freundschaft kann zwei Personen dazu führen, dass sie einen Erbvertrag miteinander schliessen.

So wird oft unter Ehegatten oder Verlobten ein Erbvertrag geschlossen, häufig auch in Verbindung mit einem Ehevertrag. Ein solcher Erbvertrag ist nichts anderes als die Ausgestaltung der persönlichen Gemeinschaft im Sachlichen. Der Erbvertrag unterscheidet sich hier von der Erbfolge nur dadurch, dass die Art oder das Mass der Erbfolge anders ausgestaltet wird.

Auch zwischen Eltern und Kindern werden häufig Erbverträge geschlossen. Auch hier sind sie ein Ausfluss der persönlichen Gemeinschaft, die im Erbvertrag ihren bewussten und gewollten Ausdruck findet, im Gegensatz zur gesetzlichen Erbfolge, wo die Gemeinschaft ohne weiteres wirksam wird. Oft vermachen die Eltern durch Erbvertrag ihren Kindern den Hof oder das Geschäft, wogegen sich die Kinder verpflichten, den Hof schon zu Lebzeiten der Eltern zu bewirtschaften oder das Geschäft zu führen und den Eltern Unterhalt zu gewähren.

Es liegt nicht im Wesen des Erbvertrags, dass er zwischen einander völlig fremden Menschen geschlossen wird. Er hat immer seinen Ursprung in einer Gemeinschaft[1]. Diesen Ursprung konnte auch das BGB nicht übersehen. Es musste den Gemeinschaftscharakter des Erbvertrags in den gesetzlichen Vorschriften zum Ausdruck bringen.

Schon in den Voraussetzungen des Erbvertragsabschlusses zeigt sich der Gegensatz zum gewöhnlichen Vertrag. Der Erbvertrag kann nur persönlich durch den Erblasser abgeschlossen werden (§ 2274).

Der Gesetzgeber gestattet es nicht, dass man den Erbvertrag durch einen Vertreter, durch einen Dritten abschliessen lässt. Es widerspricht dem Rechtsgefühl, dass ein

---

1) Die Motive Bd.5 S.310ff. überlassen es der Wissenschaft, die Konstruktion des Erbvertrags zu begründen. Die Erbverträge, die sie als Beispiele aufzählen, zeigen alle, dass ein gewisses Gemeinschaftsverhältnis dem Erbvertrag zugrunde liegt, z.B.auch der Erbvertrag mit dem Armenheim, in das der Erblasser eintritt.

Dritter die Macht haben soll, den letzten Willen einer Person zu binden und das Schicksal ihres Vermögens nach ihrem Tod zu bestimmen; denn an wen das Vermögen nach dem Tod fallen soll, das bestimmt sich nach der Gemeinschaft. Mit wem aber der Erblasser in Gemeinschaft war, das kann nur der Erblasser selbst, nicht ein Fremder bestimmen.

Wir sehen darin eine Parallele zum Ehevertrag. Wie dort eine persönliche Gemeinschaft, nämlich die eheliche Gemeinschaft Ursprung des Vertrages ist und der Vertrag nichts anderes als die wirtschaftliche Ausgestaltung dieser Gemeinschaft, so auch beim Erbvertrag. Der Erbvertrag wird nicht um seiner selbst geschlossen, sondern um der Gemeinschaft willen, die die Vertragschliessenden verbindet. Der Erbvertrag tritt wie der Ehevertrag an die Stelle der Gemeinschaft, die das Gesetz für die normale ansieht. Er ist wie der Ehevertrag der künstliche Ersatz der natürlichen gesetzlichen Gemeinschaft.

Aber der Erbvertrag kann wie der Ehevertrag die natürliche Gemeinschaft nicht einfach durch eine andere ersetzen. Es ist ja das Wesen der Gemeinschaft, dass sie grundsätzlich nicht lösbar ist und dass die Glieder der Gemeinschaft unvertretbar sind. Darum kann der Erblasser seinen Blutserben nicht einfach den ganzen Nachlass vorenthalten. Werden die Abkömmlinge, der Ehegatte oder die Eltern des Erblassers durch den Erbvertrag von der Erbfolge ausgeschlossen, so haben sie das Pflichtteilsrecht, d.h. einen Anspruch auf die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils (§ 2303). So bleibt die Gemeinschaft, die den Erblasser mit den nächsten gesetzlichen Erben verbindet, immer wenigstens zu einem Teil erhalten, auch wenn der Erblasser durch Erbvertrag oder durch Testament anders verfügt. Der Erbvertrag muss diesen Inhalt haben, ob er es ausdrücklich bestimmt, oder ob er es als gegeben hinnimmt. Es zeigt sich darin, dass er kein echter Vertrag ist.

Wie der Ehevertrag ist der Erbvertrag Ausfluss einer persönlichen Gemeinschaft. Darum sind die aus dem Erbvertrag entspringenden Rechte an die Person des Bedachten gebunden. Der Bedachte kann diese Rechte zu Lebzeiten des Erblassers nicht an Dritte abtreten (§ 312). Die Persönlichkeit des Bedachten ist unvertretbar, denn in ihr wurzelt die Gemeinschaft mit dem Erblasser, sei es dass sie Blutsverwandtschaft,

sei es, dass sie nur Wesensverwandtschaft ist.

Der Erbvertrag kann durch neuen Erbvertrag oder durch vorbehaltenen Rücktritt aufgelöst werden (§ 2293). Dem Willen ist mehr Raum gegeben als bei anderen Gemeinschaftsverhältnissen. Das Erbvertragsverhältnis ergreift die Persönlichkeit nicht so entscheidend wie die natürliche Gemeinschaft der Familie und des Volkes. Es ist lockerer als diese Gemeinschaften. Die Beteiligten prüfen darum auch nicht so gründlich, ob sie zueinander passen. Sie täuschen sich leichter darüber, ob sie wirklich füreinander geschaffen sind, ob sie wirklich eine "Gemeinschaft" bilden. Darum muss die Möglichkeit der Auflösung immer offen gelassen werden. Das ist ein Grundzug des Wesens aller der Gemeinschaften, die nicht so innig sind wie die Ehe oder nicht so naturnotwendig wie die Volks- und Familiengemeinschaft.

Hat sich der Bedachte einer Verfehlung schuldig gemacht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigen würde (§§ 2294, 2333ff.), so ist der Erblasser zum einseitigen Rücktritt berechtigt. Auf den gewöhnlichen Vertrag hätte eine solche Verfehlung keinen Einfluss; dem Erbvertrag dagegen entzieht sie die Grundlage, nämlich die Gemeinschaft, mit der das Verhältnis der Beteiligten steht und fällt.

Neben dem Erbvertrag besteht noch die Möglichkeit einer weiteren vertragsmässigen Einwirkung in das aus der Familiengemeinschaft entspringende Erbrecht: der Erbverzichtsvertrag. Der erbberechtigte Verwandte oder Ehegatte kann durch Vertrag mit dem Erblasser auf sein gesetzliches Erbrecht verzichten (§§ 2346ff.). Während durch den Erbvertrag die erbberechtigten Familienglieder von aussen her ihrer aus der Familiengemeinschaft entspringenden Rechte beraubt werden, begibt sich im Erbverzichtsvertrag das Familienglied selbst dieser seiner Rechte. Darum verliert es - im Gegensatz zum Erbvertrag - auch das Pflichtteilsrecht (§ 2346 Abs.1 S.2).

Der Erbverzicht stellt den vertragsmässigen Eingriff in ein Familienrecht dar. Ein Vertrag hat hier die Kraft, ein Familienrecht völlig zu beseitigen. Dies ist nur deshalb möglich, weil das betroffene Familienrecht einen ganz äusserlichen, vermögensrechtlichen Charakter trägt. Zwar ist sonst im Familienrecht auch ein Verzicht auf solche mehr vermögens-

rechtliche Ansprüche unmöglich, so der Verzicht auf den Unterhaltsanspruch. Aber der Unterhaltsanspruch gegenüber Verwandten besteht nur darin, dass die Familie ihr Glied vor Bedürftigkeit und Not schützen muss. Das Recht auf den Nachlass des verstorbenen Familienmitglieds dagegen gewährt dem berechtigten Familiengenossen mehr als nur das, was zur Beseitigung seiner Bedürftigkeit dient, es verschafft ihm ein ganzes Vermögen. Das Erbrecht dient dem Familiengenossen nicht bloss zur unmittelbaren Erhaltung seines Lebens, sondern hat den Charakter einer Zugabe zu seinem Lebensbedarf. Darum ist die Möglichkeit eines Verzichts auf das Erbrecht eher gerechtfertigt.

Ueberdies wird der Erbverzicht meist nicht unentgeltlich ausgesprochen werden, sondern nur dann, wenn der Erblasser schon bei seinen Lebzeiten dem Verzichtenden eine Zuwendung gewährt hat oder durch letztwillige Verfügung gewährt.

Dennoch ist es auch hier fraglich, ob das BGB mit seiner Regelung ganz dem Wesen des Erbrechts und damit des Familienrechts gerecht geworden ist. Ist es richtig, dass der Erbberechtigte ganz auf sein Erbrecht, ja auch auf sein Pflichtteilsrecht verzichten kann, wenn dieses der einzige Vermögenswert ist, der ihm zusteht? Soll er auch dann verzichten können, wenn das Erbrecht - wie das Recht auf Unterhalt - für ihn die unmittelbare Lebensgrundlage bildet? Wenn er ohne den Anfall der Erbschaft der öffentlichen Armenfürsorge zur Last fällt? Kettet das Familienband die Familienglieder nicht zu einer so starken Schicksalsgemeinschaft zusammen, dass sie sich gegenseitig Beistand leisten müssen, selbst wenn sie auf diesen Beistand verzichten würden?

Auch das Erbvertragsrecht des BGB gibt zu solchen Fragen Anlass. Darf der Willkür eine solch grosse Macht eingeräumt werden, dass die Kinder, Eltern und Ehegatten des Erblassers von der Hälfte ihres Anteils an dessen Vermögen ausgeschlossen werden? Darf dies nicht nur dann gestattet sein, wenn das Vermögen des Erblassers so gross ist, dass die Familie wirtschaftlich gesichert bleibt, auch wenn sie nur die Hälfte des Nachlasses erhält?

Wenn auch hier nicht der Platz ist, auf diese Fragen der Erbrechtsreform einzugehen, so ist doch der Grund

festzustellen, warum diese Fragen überhaupt entstehen[1]. Sie entstehen alle nur deshalb, weil der Einzelne sich nicht willkürlich über die Bindungen seiner Familiengemeinschaft hinwegsetzen kann - wie es das BGB im Erbvertrag und Erbverzicht gestattet. Das Recht des Erbvertrags und Erbverzichts zeigt wiederum, wie fragwürdig das Recht des Vertrags im Recht der Familiengemeinschaft ist, der Familiengemeinschaft, die eine unzertrennbare Schicksalsgemeinschaft ist und bleibt.

10. Kapitel. Vertrag und Hausgemeinschaft.

1. Im alten deutschen Recht kannte man eigentlich nicht den Begriff der Familie, sondern nur den des "Hauses" oder der "Hausgemeinschaft"[2]. Die Hausgemeinschaft war die Gemeinschaft aller unter der Hausherrschaft des Vaters vereinigten Personen, wobei die Blutsverwandtschaft nicht notwendig war. Zur Hausgemeinschaft gehörten auch die Hörigen und das Gesinde. Sie unterstanden ebenso der hausherrlichen Gewalt des Vaters wie das Weib und die Kinder.

An sich gehört die Hausgemeinschaft nicht mehr in das eigentliche Recht der Familie, da sie auch Personen umfasst, die nicht blutsverwandt sind. Aber die in der Hausgemeinschaft stehenden, nicht blutsverwandten Personen machen nicht den Kern der Hausgemeinschaft aus. Sie sind nur Anhängsel der Familie. Der Kern der Hausgemeinschaft ist die natürliche Familie. An diese gliedern sich die weiteren Personen an, die wie Familienmitglieder an dem Familienleben teilnehmen, z.B. Adoptivkinder, Pflegekinder, Haustöchter, oder Personen, die zur Leistung von persönlichen Diensten der Familiengemeinschaft angegliedert werden, wie Hauslehrer, Gesellschafterinnen, Hausangestellte, Hausgehilfen und Lehrlinge. Diese und alle in einem ähnlichen Verhältnis zur Familie stehenden Personen gehören mit zur Haus-

1) Zur Erbrechtsreform vgl. H.Lange, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, XII; Eichler, D.R.1936 S.261ff.; Wieacker, D.R.1936 S.275ff.; Vogels, D.R.1936 S.274f.

2) Vgl.Schroeder-Künssberg, 6.A., S.71, 350ff., 358f.; Heusler, Instit.d.dt.Privatr.2.Bd., 1886, S.271; Brunner, D.RGesch. 1.Bd.S.101; Hübner, D.Pr.R., 5.A., S.127f, 155, 329f., 735.

gemeinschaft. Sie werden von dem persönlichen Band, das die Familienmitglieder zusammenhält, mehr oder weniger stark mitergriffen. Ihr Verhältnis zu den Familienmitgliedern ist ähnlich wie das der Familienglieder untereinander. Das stärkste und innigste derartige Verhältnis haben wir schon mit der Annahme an Kindesstatt kennen gelernt. Aber auch die anderen tragen etwas von dem Wesen des familienrechtlichen Verhältnisses an sich. Darum soll hier kurz ihre Stellung zum Vertrag betrachtet werden.

2. Das BGB kennt die Hausgemeinschaft als solche überhaupt nicht. Es hat keinen Blick für dieses Gemeinschaftsverhältnis gehabt. Das liegt, wie Egger richtig bemerkt[1], an der Doktrin des 19.Jahrhunderts, die nur Sonderbeziehungen, nicht aber die Gemeinschaftsbeziehungen, die nur das Verhältnis der Ehegatten zueinander, der Eltern zu den Kindern, des Arbeitgebers zum Gesinde, des Meisters zum Lehrling, nie aber das alle umfassende Gemeinschaftsverhältnis des "Hauses" gesehen hat. Demgegenüber hat das Schweiz.ZBG bewusst die Hausgemeinschaft geregelt. Es gewährt in Art.331 dem Familienhaupt die Hausgewalt über alle Personen, die als Blutsverwandte und Verschwägerte oder auf Grund eines Vertragsverhältnisses als Dienstboten, Lehrlinge, Gesellen oder in ähnlicher Stellung in dem gemeinsamen Haushalte leben. Die Hausordnung, die das Familienhaupt in Ausübung seiner Hausgewalt erlässt, hat nach Art.332 auf die Interessen aller Beteiligten in billiger Weise Rücksicht zu nehmen. Nach aussen haftet das Familienhaupt für den Schaden, den die unmündigen Hausgenossen anrichten, wenn es sich nicht durch den Nachweis entlasten kann, dass es bei der Beaufsichtigung die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

3. Obwohl die Hausgemeinschaft dem BGB unbekannt ist, besteht sie doch - auch unter der Herrschaft des BGB. Die Hausgemeinschaft ist eine echte Gemeinschaft, weil ihre Mitglieder verbunden sind durch ihre gemeinsame Art. Nicht nur die Familienmitglieder bilden als Blutsverwandte eine Gemeinschaft des Wesens, sondern auch die sonstigen, in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Personen müssen mit den Familiengliedern zusammenpassen. Der Hausherr nimmt niemanden in sein Haus auf, dessen Wesen nicht zu ihm und seiner Familie passt.

Dass dies die Voraussetzung für die Annahme an Kindes-

1) Komm. z. Schw. ZGB., 1914, Vorb. vor Art.331.

statt ist, haben wir schon gesehen. Ebenso ist es bei der Aufnahme eines Pflegekindes, einer Haustochter usw. Auch die Personen, die nicht in ein so enges persönliches Verhältnis zur Familie kommen, z.B. die Hausgehilfen, müssen das Vertrauen der Familie besitzen. Die Persönlichkeit ist massgeblich für die Aufnahme in die Hausgemeinschaft. Die Persönlichkeit des Hausgenossen muss von solcher "Beschaffenheit" sein, dass er zur Familie passt; er und die Familienglieder müssen"füreinander beschaffen", "gemein-beschaffen", eine "Gemeinschaft" sein.

Die Gemeinschaft des aufgenommenen Hausgenossen mit der Familie kann mehr oder weniger stark sein. Die Gemeinschaft mit dem Pflegekind oder der Haustochter wird tiefer sein als die Gemeinschaft mit dem nur äusserliche Dienste leistenden Hausgenossen. Dort, wo die Gemeinschaft nicht so innig ist, ist die Zahl der in Frage kommenden Personen grösser; es kommt bei der Entscheidung über die Aufnahme mehr auf den Willen an als bei einem innigeren Gemeinschaftsverhältnis, wo der Wille gebunden ist. Darum nimmt hier die Gemeinschaft mehr den Charakter eines Vertrages an.

Die Hausgemeinschaft ist teils mehr Gemeinschaftsverhältnis, teils mehr Vertragsverhältnis. Sie birgt verschiedene Uebergangsformen in sich. Darum können wir hier teilweise von Verträgen sprechen, so vom"Lehrlingsvertrag" oder "Gesindevertrag". Wir meinen aber dabei "Vertrag" nicht im gleichen Sinn wie den typischen Vertrag, z.B. den Kaufvertrag. Es werden hier nicht nur äusserliche Leistungen, reine Sachleistungen ausgetauscht, sondern es besteht immer eine gewisse Wesens- und Lebensgemeinschaft. Die aufgenommenen Hausgenossen stehen dem Hausherrn nicht wie echte Vertragsparteien gegenüber, die für die Aufnahme in die Hausgemeinschaft eine Gegenleistung z.B. in Form von Diensten bringen; vielmehr arbeiten sie als Glieder der Hausgemeinschaft für das Ganze und empfangen vom Ganzen das, was ihnen als Gliedern am Ganzen gebührt.

Das Pflegekind erhält nicht Nahrung, Wohnung, Kleidung und Pflege, weil vielleicht die Familie dafür etwas bezahlt bekommt oder weil die Familie die Arbeitskraft dos Pflegekindes nutzen kann; sondern es ist umgekehrt: weil das Pflegekind ein Glied der Gemeinschaft ist, wird es von der Gemeinschaft gepflegt und arbeitet es als Glied für die Gemeinschaft, und wenn viel-

leicht Pflegegeld gezahlt wird, so ist dies ein Beitrag zum Aufwand der Gemeinschaft. Ebensowenig arbeitet die Hausgehilfin für die Familie nur um ihres Lohnes willen; wo sie wirklich in die Hausgemeinschaft eingegliedert ist, da arbeitet sie um der Gemeinschaft willen. Wohl ist der Lohn die Gegenleistung für ihre Dienstleistung; aber er nähert sich dem familienrechtlichen Unterhalt, auf den jedes Gemeinschaftsglied deshalb Anspruch hat, weil es am Gemeinschaftsleben und damit an der Arbeit teilnimmt. Das Verhältnis des Hausgehilfen zur Familie ist mehr als ein blosses Austauschverhältnis, es ist ein Gemeinschaftsverhältnis.

Im Rechte der Hausgemeinschaft zeigt sich am deutlichsten, dass jede Gemeinschaft zugleich ein Vertrag ist und dass der Uebergang von einem echten Gemeinschaftsverhältnis zu einem echten Austausch- und Vertragsverhältnis fliessend ist. Wir sehen hier am deutlichsten, dass dort, wo es mehr auf die Gemeinschaft der Person, des Wesens und der Art ankommt, das Gemeinschaftsverhältnis im Vordergrund steht und das Vertragsverhältnis zurücktritt, dass aber dort, wo es nicht so entscheidend auf die Person und das Wesen, sondern mehr auf die sachliche Leistung ankommt, das Gemeinschaftsverhältnis zurücktritt und das Vertragsverhältnis stärker zur Erscheinung kommt. Darum tragen alle Verhältnisse, die einem Familienverhältnis nahe kommen, mehr den Charakter eines Gemeinschaftsverhältnisses und weniger den eines Austausch- und Vertragsverhältnisses.

Dies soll nun im einzelnen bei einigen derartigen Verhältnissen kurz dargelegt werden.

4. Nicht nur die Stellung der Adoptiveltern zum Adoptivkind ist ein Gemeinschaftsverhältnis, sondern auch die Beziehungen der Pflegeeltern zum Pflegekind. Ebensowenig wie die Annahme an Kindesstatt den Charakter eines echten Vertrages an sich hat, trägt ihn der Pflegekindschaftsvertrag.

Der Vertrag, durch den jemand ein Kind zur Pflege und zur Erziehung übernimmt, ist nicht ein schuldrechtlicher Werkvertrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag. Ueber Menschen schliesst man keinen Vertrag. Man schliesst höchstens einen Vertrag über Leistungen, die an einen Dritten zu entrichten sind. Der Pflegekindschaftsvertrag hat darum nur insoweit eine wirklich verpflichtende Wirkung, als er auch Sachleistungen betrifft; soweit es aber um das Persönliche geht, um die Erziehung des

Kindes, entbehrt er fast ganz der Verbindlichkeit, wie wir schon oben beim Erziehungsvertrag festgestellt haben, wo wir diesen Vertrag von der Seite des Sorgeberechtigten, nicht von der Seite des die Pflege und die Erziehung Uebernehmenden betrachteten. Die Pflegeeltern müssen den Vertrag ebenso frei widerrufen können wie der Sorgeberechtigte[1]. Denn die Erziehung des Kindes kann ihnen nur zugemutet werden, wenn das Kind seinem Wesen und seiner Art nach zu ihnen und ihrer Familie passt. Ein so persönliches Verhältnis, wie es die Erziehung bedingt, kann eben nur auf Grund einer Gemeinschaft begründet werden. Ob diese Gemeinschaft vorhanden ist, hängt nicht vom Willen der Pflegeeltern ab, sondern in erster Linie von ihrem Wesen und dem des Kindes. Mit dem guten Willen allein ist es hier nicht gemacht. Da der Pflegekindschaftsvertrag einerseits nicht ein so enges rechtliches Band schmiedet wie die Annahme an Kindesstatt, andererseits aber wegen der Jugendlichkeit des einen Beteiligten die Gefahr ebenso gross ist, dass sein wahres Wesen und sein Charakter noch nicht deutlich erkannt werden kann, so muss die Möglichkeit des freien Widerrufs den Pflegeeltern offen stehen. Dies ist nicht ein Zeichen dafür, dass im Pflegekindschaftsverhältnis die Willkür herrscht, sondern es beweist im Gegenteil, dass es entscheidend auf die Persönlichkeit und damit auf die Gemeinschaft ankommt. Das Pflegekindschaftsverhältnis ist in erster Linie ein Gemeinschaftsverhältnis, nicht ein Vertragsverhältnis. (Darum hat auch das Pflegekindschaftsverhältnis, wie jedes echte Gemeinschaftsverhältnis, die Unvertretbarkeit der aus ihm hervorgehenden Rechte und Pflichten zur Folge.)

---

1) Hinsichtlich der Rechtspr.kann auf die oben bei den Erziehungsverträgen angef.Entscheidungen verwiesen werden.Das BGB hat den Pflegekindschaftsvertrag nicht geregelt.Die Motive Bd.4 S.953,lassen ersehen,dass man kein prakt.Bedürfnis für eine solche Regelung sah. Dies mag richtig sein hinsichtl.der Pflegekindschaft des ALR (II 1 §§ 753ff),die praktisch bedeutungslos geblieben ist. Die Pflegekindschaftsverträge dagegen sind von einer grösseren Bedeutung,selbst als die Adoption,da sie nicht deren weitgehende Rechtswirkungen haben.Das ALR hat sie in den §§ 772f. erwähnt. Koch,Komm.z.ALR hält zu Unrecht den freien Rücktritt d.Pflegeltern für unzulässig.- Mangels jeder Regelung durch das BGB hat das RJWG Bestimmungen getroffen: Die Aufnahme eines Pflegekindes ist abhängig von der Erlaubnis des Jugendamts (§§ 19ff.) und untersteht seiner Aufsicht (§§ 24ff.) Der Grund hierfür liegt darin,dass es sich um ein persönliches Gemeinschaftsverhältnis handelt und ein Missbrauch schwerwiegender ist als bei einem blossen Vertragsverhältnis.

5. Der Lehrvertrag schafft, besonders wenn der Lehrling in die Hausgemeinschaft des Lehrherrn aufgenommen wird, ein ähnliches Verhältnis wie der Pflegekindschaftsvertrag. Der Lehrherr hat den Lehrling beruflich auszubilden und "zur Arbeitssamkeit und zu guten Sitten" anzuhalten (Gew.O. § 127 Abs.1). Der Lehrherr hat also die Pflicht, den Lehrling zu einem tüchtigen Volksgenossen und Berufsgenossen zu erziehen[1]. Darum ist der Lehrling "der väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen" und ihm "zur Folgsamkeit und Treue, zu Fleiss und anständigem Betragen verpflichtet" (Gew.O.§ 127 a Abs.1).

Es ist ein ganz ähnliches Gemeinschaftsverhältnis wie das des Vaters zu seinem Kinde. Wenn der Lehrling Kost und Wohnung bei seinem Lehrherrn empfängt, ist er voll in die Hausgemeinschaft eingegliedert. Aber auch sonst soll das Verhältnis des Lehrherrn zu dem Lehrling dem Verhältnis des väterlichen Erziehers zu seinem Schutzbefohlenen entsprechen.

Der personenrechtliche Charakter dieses Verhältnisses kommt auch in den Rechtswirkungen zum Vorschein: Unvertretbarkeit der Person, grundsätzliche Unauflöslichkeit (Gew.O.§ 127 b), Kündbarkeit bei wichtigem Grund, Unterordnung unter den Lehrherrn, persönliche Zuverlässigkeit des Lehrherrn (§§ 126ff Gew.O.).

Das Lehrverhältnis wird durch Vertrag begründet. Wir gebrauchen hier das Wort "Vertrag", ohne uns daran zu stossen. Wir denken jedoch beim Lehrvertrag nicht an einen nüchternen, äusserlichen Vertrag wie z.B. den Kaufvertrag, sondern es schwingt in dieser Zusammensetzung immer etwas mit von dem tiefen, persönlichen und innerlichen Sinn, den das Wort Vertrag auch in sich trägt und wohl früher immer an sich gehabt hat. Dies ist ein Zeichen dafür, dass der Vertrag auch im Sinne eines persönlichen Gemeinschaftsverhältnisses verstanden werden kann; ist doch der "Vertrag" ein Gleichnis und Bild für die Gemeinschaft, wie man es nicht schöner finden kann. Wir dürfen jedoch beim Lehrvertrag immer nur an den Vertrag in diesem persönlichen Sinn denken, sonst werden wir seiner Natur nicht gerecht.

---

1) Malz, DR 1937 S.152, weist mit Recht darauf hin, dass nicht die Arbeitsleistung, sondern die Ausbildung und Erziehung des Lehrlings im Vordergrund steht und dass es deshalb unmöglich ist, dass ein deutschblütiger Lehrling bei einem jüdischen Lehrherrn ausgebildet wird.

6. Ein Gemeinschaftsverhältnis besteht auch zwischen dem Hausgehilfen und der Familie, zwischen dem bäuerlichen Gesinde[1] und der bäuerlichen Familie, zwischen dem Gesellen und dem Meister, besonders wenn das Gesinde und der Geselle beim Meister in Kost und Wohnung steht. Sie gehören alle mit zu der Familie, bei der sie Dienste leisten. Sie sind Hausgenossen. Sie sind Glieder der Hausgemeinschaft und haben dem Hausherrn und der Hausfrau Gehorsam zu leisten.

Indem wir vom "Haupt" der Hausgemeinschaft reden, vergleichen wir die Hausgemeinschaft mit einem lebendigen Wesen, das Haupt und Glieder hat. Die Hausgemeinschaft wird durch dieses Gleichnis als Einheit einer Vielheit gekennzeichnet. Die einzelnen "Glieder" dienen dem"Ganzen". Das Haupt der Hausgemeinschaft ist zwar das führende Glied, aber es ist auch nur ein Glied im Ganzen und dient dem Ganzen durch seine leitende und führende Tätigkeit. Die dienstleistenden Hausgenossen sind auch Glieder des Ganzen. Sie dienen dem Ganzen, indem sie sich vom Haupte führen lassen und ihm gehorchen. Sie stehen also nicht in einem lockeren Vertragsverhältnis, wo der eine seine Leistung gegen die des anderen austauscht, sondern in einem festen Gemeinschaftsverhältnis, in welchem alle mit- und füreinander leben. Der Ton liegt nicht wie beim echten Vertrag auf dem Einzelnen, der seine individuellen Zwecke verfolgt, der sich nur verträgt um sein Eigenwohl und seinen Eigennutz zu fördern. Der Ton liegt auch nicht ausschliesslich auf der Gesamtheit, die den Einzelnen nur als Mittel für ihren Zweck benützt, sondern beides ist in- und miteinander. Indem der Hausgenosse das Wohl der Hausgemeinschaft fördert, fördert er sein eigenes Wohl. Denn ihm kommt als Glied der Gemeinschaft alles zugute, was der Gemeinschaft als solcher zugute kommt. Im Lohn fällt ihm das zu, was ihm als Glied der Gemeinschaft gebührt.

Ist das Verhältnis des Hausgehilfen, des Gesindes, der Gesellen zu ihrem Dienstherrn ein Gemeinschaftsverhältnis und nicht ein Vertragsverhältnis, so wird es auch nicht begründet durch echten Vertrag. Der Hausherr oder Meister wird auch kaum davon reden, dass er einen "Dienstvertrag" abschliessen wolle; vielmehr wird er von "Aufnahme", "Annahme", "Anstellung",

---

1) Gesinde kommt von gasindii=Genossen.

"Einstellung" oder ähnlichem sprechen, womit immer zum Ausdruck gebracht wird, dass die betreffende Person in eine Gemeinschaft eintritt.

Wenn das BGB hier den Begriff des Dienstvertrages gebraucht (§§ 611ff.), so wird es damit der Wirklichkeit nicht gerecht. Wohl ist die Aufnahme in die Hausgemeinschaft auch ein Vertrag, aber sie ist mehr als ein blosser Vertrag, sie ist ein so inniger Vertrag, dass er sich verfestigt zur Gemeinschaft. Der Dienstleistende schliesst sich an die Hausgemeinschaft an.

Darum hat das BGB dieses Dienstverhältnis, auch wenn es von einem Vertrag spricht, dennoch in vielen Beziehungen als persönliches Gemeinschaftsverhältnis ausgestalten müssen. Hierunter fällt besonders die Vorschrift des § 613, wonach die Dienste im Zweifel in Person zu leisten und der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar ist. Damit anerkennt das BGB die Grundvoraussetzung eines jeden Gemeinschaftsverhältnisses, nämlich dass es die Persönlichkeit der Beteiligten ist, die entscheidet, ob eine wirkliche Gemeinschaft zwischen ihnen bestehen kann.

Auch die Vorschriften der §§ 616ff sind ein Ausfluss davon, dass hier ein persönliches Gemeinschaftsverhältnis vorliegt. Darnach verliert der Dienstpflichtige im Falle der Erkrankung nicht sofort seinen Lohnanspruch; der in die häusliche Gemeinschaft aufgenommene Dienstpflichtige hat bei Krankheit Anspruch auf Verpflegung. Der Dienstherr muss hinsichtlich der Wohn- und Schlafräume u.der Verpflegung auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Dienstverpflichteten Rücksicht nehmen. Schliesslich ist auch die Vorschrift des § 626 zu erwähnen. wonach bei wichtigem Grunde von jedem Teil fristlos gekündigt werden kann; der grundsätzlichen Unauflöslichkeit der wahren Gemeinschaft entspricht die unbedingte Notwendigkeit der Lösbarkeit, wenn die persönliche Gemeinschaft nicht oder nicht mehr vorhanden ist.

Natürlich sind diese Vorschriften, die das Recht der Hausgemeinschaft betreffen, sehr lückenreich. Eine Reform muss die ausdrückliche Anerkennung der Hausgemeinschaft und ihre eingehende Regelung unter dem Gesichtspunkt der Gemeinschaft bringen. Sie muss vor allem klarstellen, dass es sich nicht um ein blosses Vertragsverhältnis handelt. Wo eine wahre Gemeinschaft ist,

ist kein echter Vertrag. Wo das Recht der Familiengemeinschaft herrscht, herrscht nicht Vertragsrecht.

Wo die Hausgemeinschaft zu einer Gemeinschaft des Hauses als solcher, des Hausraums, der Sache wird, wo also der Ton von der Person auf die Sache verlegt wird, da tritt der Gemeinschaftscharakter der Hausgemeinschaft zurück und ihr Vertragscharakter tritt in den Vordergrund, aus dem persönlichen Verhältnis der Hausgemeinschaft wird das sachliche Verhältnis des Mietvertrags. Der Weg der persönlichen Hausgemeinschaft zum unpersönlichen Mietsverhältnis - das auch eine Art Hausgemeinschaft ist - ist der Weg von der Gemeinschaft zum Vertrag.

7. Aus der Hausgemeinschaft und der von ihr mit umfassten Familiengemeinschaft haben sich - sowohl historisch als auch logisch - andere Gemeinschaften entwickelt. Die allgemeine Lebens- und Arbeitsgemeinschaft der Familie hat sich einerseits verengt zur blossen Lebensgemeinschaft, andererseits zur blossen Arbeitsgemeinschaft.

Als sich das Sippenband auflöste[1], suchte man einen Ersatz für die weggefallene Lebensgemeinschaft der Sippe. Man schloss sich zu Genossenschaften zusammen, den Gilden oder Zünften, die eine Nachbildung der alten "Brüderschaften", also auch familienrechtlicher Gemeinschaften,waren. Diese Gilden verfestigten sich zu organisierten Rechtsgenossenschaften, mit eigenen Beamten und eigenem Vermögen. Sie waren echte Lebensgemeinschaften, nicht bloss Berufs- oder Erwerbsgenossenschaften. Aus ihnen entwickelten sich unsere heutigen geselligen, religiösen, kulturellen und sportlichen Vereine und Verbände, die dem Einzelnen das ersetzen, was früher die Sippe brachte: Erholung von der Arbeit, Pflege allgemeinen geistigen Verkehrs und Gemeinschaft mit anderen.

Nicht nur diese reinen Lebensgemeinschaften erstanden aus der Familie, sondern auch Arbeitsgemeinschaften. Ursprünglich wurde sowohl im römischen als auch im deutschen Recht alle Arbeit innerhalb der Familie verrichtet. Die Römer verwanden aber allmählich zur körperlichen Arbeit nur noch Sklaven. Uebernahm ein Freier eine Arbeit, so wurde das - entsprechend der

---

1) vgl. Amira, Grundriss des germanischen Rechts S.185ff; Schröder-Künssberg,Lehrb.d.dt.Rechtsgeschichte 6.A., S.73, 698ff.; Brunner,Dt.Rechtsgesch.Bd.1 S.132; Brunner-Schwerin, Grundz.d.dt.Rechtsgesch.8.A.1930,S.11, 98.

Vermietung von Sklaven - als Vermietung von Arbeitskraft aufgefasst. Man sah im Arbeitsverhältnis nichts besseres als einen Kaufvertrag[1]. Uebernahm dagegen im deutschen Recht der Freie eine Arbeit, so wurde er, da man grundsätzlich nur die Arbeit innerhalb der Familie kannte, in die Hausgemeinschaft aufgenommen. Er wurde Gefolgsmann des Hausherrn, der ihm für seine Treudienste Schutz und Unterhalt gewährte[2]. Aus diesem Gefolgschafts- und Treudienstverhältnis entwickelte sich einerseits der sachenrechtliche Lehensvertrag - die Kriegsdienstleistenden stiegen zu Lehensmännern und Rittern auf - , andererseits der Gesindevertrag. Gesinde waren die Hausgenossen, die in der bäuerlichen Wirtschaft, in Haus und Hof mitarbeiteten. Denen entsprachen im städtischen Handwerksbetrieb die Gesellen und Lehrlinge, die im Hause des Meisters Dienste leisteten. Das bäuerliche Gesinde löste sich - aber nicht überall - allmählich aus dem Hausverband los und entwickelte sich zu dem ausserhalb des Hauses wohnenden, nur gegen Lohn schaffenden Landarbeiter. Zwischen Gutsbesitzer und Landarbeiter bestand nur noch ein Arbeitsverhältnis, keine Hausgemeinschaft mehr. Noch ausgeprägter war diese Entwicklung im städtischen Gewerbe. Aus dem häuslichen Handwerksbetrieb entwickelte sich durch viele Uebergangsformen hindurch der Fabrikbetrieb, bei dem die Werkstätte zur selbständigen Fabrik wurde und die Arbeitenden nicht mehr eine Hausgemeinschaft bildeten, sondern nur noch eine Arbeitsgemeinschaft.

Da sich diese Lebensgemeinschaften und Arbeitsgemeinschaften aus der Hausgemeinschaft und Familie entwickelten, haben sie noch etwas vom Wesen und vom Recht der Familie an sich. Die Familie ist ihr Ursprung und damit ihr Ur- und Vorbild. Sie sind "Gemeinschaften". Denn auch ihre Glieder finden sich nur dann zusammen, wenn ihr Wesen zusammenpasst, wenn es "gemeinbeschaffen" ist zum Leben oder zum Arbeiten. Wie die Familie

---

1) Siber, Röm.Privatrecht 1928 S.204, R.Sohm, Institutionen 5.A. S.546ff.

2) Schröder-Künssberg, Lehrb.d.dt.Rechtsgesch.7.A.S.38,168ff.,429ff. Brunner, Dt.Rechtsgesch.Bd.1 S.185ff., Bd.2 S.349ff.; O.v.Gierke Die Wurzel des Dienstvertrages, 1914; ders. Dt.Privatrecht 3.Bd. § 199; ders. Schuld u.Haftung im ältesten dt.Recht, 1910, § 112 a. Im engl.Recht gehört der Dienstvertrag mit der Ehe, Kindschaft, Vormundschaft zu einem Anwendungsfall der Munt; vgl.Heymann, Ueberbl.üb.d.engl.Priv.Recht S.135ff.

haben auch sie "Haupt" und "Glieder" und sind vergleichbar mit lebendigen Wesen. Wie die Familie sind sie gegliederte Ganzheiten, sind sie Einheiten von Vielheiten. Und wie bei der Familie taucht auch bei ihnen die Frage auf, ob sie durch Vertrag begründet werden und ob das Verhältnis der Beteiligten ein Vertragsverhältnis ist. Bei den Vereinen ist es die berühmte Frage nach dem Wesen der juristischen Person und ihrer Begründung, bei den Arbeitsgemeinschaften ist es die in letzter Zeit heiss umstrittene Frage, ob die Arbeits- und Betriebsgemeinschaft durch einen Arbeitsvertrag begründet wird.

Die Antwort auf diese Fragen ist die gleiche, die wir für das eigentliche Familienrecht gefunden haben. Sie muss es sein, weil das Arbeitsverhältnis und das Mitgliedschaftsverhältnis in einem Verein dasselbe Wesen haben wie die Familie, die ihr Ursprung ist.

Das wahre und rechte Wesen, das "Recht" der Arbeit ist Zusammenarbeit. Im Betrieb arbeiten alle zusammen wie e i n e Familie. Zwar tauschen sie auch ihre Leistungen aus, jeder verrichtet seine Arbeitsleistung und empfängt dafür seinen Lohn. Aber wie das Familienverhältnis erschöpft sich auch das Arbeitsverhältnis nicht in dem blossen Austausch dieser Leistungen. Es ist mehr als blosser Austausch und mehr als blosser Vertrag. Die Einzelnen stehen sich nicht bloss wie Vertragsparteien gegenüber, sondern wie Glieder eines Ganzen. Wie im Leib jedes Glied mit dem anderen zusammenwirkt zum Wohl des Ganzen, so schaffen alle Betriebsangehörigen zusammen am und im selben Werk. Der Betrieb bildet gleichsam e in e Familie, eine Gemeinschaft[1]. Wenn auch diese Gemeinschaft nicht so innerlich ist wie die der

---

1) Die Verwirklichung des Gedankens,dass "Arbeitnehmer" und "Arbeitgeber" kein Gegeneinander sind, sondern ein Miteinander,ist das Verdienst des Nationalsozialismus,vgl.Adolf Hitler "Mein Kampf",bes.2.Bd. S.676 und 1.Bd.S.347ff., wo die ganze Entwicklung der Arbeiterfrage dargestellt ist. Ferner Punkt 10,14,24 des Programms der NSDAP. Das Gesetz z. Ordng.d.nat.Arbeit vom 20.1.34 hat dem Gedanken der "Betriebsgemeinschaft" rechtl.Anerkennung verschafft. Es hat durch d. Kündigungsschutz (§§ 56ff.) auch der grundsätzlichen Unlöslichkeit d.Arbeitsverhältnisses - dem Merkmal eines jeden Gemeinschaftsverhältnisses - Ausdruck gegeben;natürl.bleibt bei wichtigem Grund,d.h.wenn die Beteiligten nicht mehr zusammenpassen,die fristlose Lösung des Verhältnisses möglich (§ 626 BGB.),was der Eigenart des personenrechtl.Verhältnisses auch entspricht.

Familie, so ist sie doch eine echte"Gemein-schaft" . Die Mitglieder des Betriebes müssen Fähigkeiten, Kenntnisse und Kräfte von solcher Beschaffenheit haben, dass sie zueinander passen und miteinander zusammenwirken können. Sie müssen "gemein-beschaffen" sein.

Jedoch liegt diese"Gemeinschaft"nicht im Innersten, sondern mehr in den äusseren Schichten der Persönlichkeit, in ihren mehr äusserlichen Fähigkeiten, Kenntnissen und Kräften. Deshalb stehen auch mehr Personen zur Verfügung, die zu einer solchen Gemeinschaft passen, und hängt die Entscheidung darüber, wer Glied der Arbeitsgemeinschaft sein kann, nicht so sehr vom Wesen der Beteiligten wie bei den echten familienrechtlichen Gemeinschaften, sondern schon in stärkerem Masse von ihrem Willen ab. Darum tritt der Vertragscharakter dieser Gemeinschaft mehr hervor als der der familienrechtlichen Gemeinschaften. Die Begründung der Arbeitsgemeinschaft nähert sich schon eher dem Vertrag, obwohl sie noch weit entfernt ist vom echten Vertrag, dem Tausch- und Kaufvertrag. Das Arbeitsrecht ist Gemeinschaftsrecht und zugleich Vertragsrecht. Der Eintritt in die Betriebsgemeinschaft ist auch "Vertrag". Aber der Ton liegt mehr auf der Gemeinschaft als auf dem Vertrag. Darum gilt auch hier nicht das eigentliche Vertragsrecht des BGB, sondern das eigene Recht der Arbeit, das Gemeinschaftsrecht ist.[1)]

---

1) Das BGB, das nur den schuldrechtlichen Dienstvertrag kennt, vertritt noch den Standpunkt,dass das Arbeitsverhältnis ein reines obligatorisches Vertragsverhältnis ist; es ist der Standpunkt des sich auf das römische Recht stützenden gemeinen Rechts. Die Wissenschaft,besonders Lotmar,der Arbeitsvertrag, 1.Bd.1901, 2.Bd.1902 schuf später den Begriff des selbständigen "Arbeitsvertrages", der aber als Unterart des Dienstvertrages mit "personenrechtlichem Einschlag" aufgefasst wurde.
Potthoff,Arbeitsrecht,1922 S.275ff,1931 S.19ff.,66ff., sieht zum ersten Mal in dem Arbeitsverhältnis kein schuldrechtliches Austauschverhältnis,sondern ein "sozialrechtliches Organisationsverhältnis".
Nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit wurde das Arbeitsverhältnis auch in der Wissenschaft als Treuverhältnis anerkannt. Der Komm.v.Hueck-Nipperdey-Dietz z.AOG.Anm.16 zu § 2 nimmt einen personenrechtlich gestalteten Vertrag mit schuldrechtlichen Momenten an,der Komm.z.AOG. von Mansfeld-Pohl u.a. 1934 einen Treudienstvertrag. Dersch,Komm. z.AOG. S.30ff. und das RAG.,Amtl.Sammlung Bd.15 S.46ff,49 anerkennen die Rechtsform des Arbeitsvertrages,verlangen aber Auslegung im Sinne des Gemeinschafts- und Treugedankens.
Nach Nikisch,Komm.z.AOG.1934 ist die Einordnung in den

Jedoch besteht eine Verwandtschaft mit dem Vertragsrecht. Denn das Arbeitsverhältnis ist ein Uebergang vom Gemeinschaftsverhältnis zum Vertragsverhältnis, wenn auch der Ton auf der Gemeinschaft liegt. Darum finden die Vorschriften des BGB über die Rechtsgeschäfte sinngemässe, analoge - wenn auch nur "analoge" - Anwendung. So die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit[1], über Willensmängel, über Vertretung, über die Unmöglichkeit der Leistung und über die gegenseitigen Verträge. Ja die Vorschriften über die Abtretung von Forderungen und über die Schuldübernahme sind sogar vom Gesetz ausdrücklich für unanwendbar erklärt: nach § 1613 sind die Dienste im Zweifel in Person zu leisten und der Anspruch auf Dienstleistung ist im Zweifel unübertragbar, ein Merkmal, das - wie wir gesehen haben - jedem Gemeinschaftsverhältnis eigentümlich ist.

Wir sehen, das Arbeitsverhältnis kann seinen Ursprung aus dem Familienverhältnis nicht verleugnen. Es ist ein so enges Verhältnis, dass wir es nicht als blosses Vertragsverhältnis bezeichnen können. Wie im Familienrecht hat der echte Vertrag auch im Arbeitsrecht nicht seinen eigentlichen Platz.

Dasselbe gilt für das Recht der"juristischen Person", der Körperschaft, des Vereins und der Gesellschaft. Schon die Gesellschaft, die nur ein lockeres Band besonders zum Zwecke gemeinsamer wirtschaftlicher - also mehr äusserlicher - Betätigung knüpft, ist kein reiner Vertrag. Auch die Gesellschaft hat ihre Wurzel in den alten Brüderschaften und den Erbengemeinschaften. Sie hat etwas vom Wesen des Familienverhältnisses. Sie ist mehr als ein blosses Vertragsverhältnis, ist ein Zusammenschluss von einiger Festigkeit. Jedoch ist zuzugeben, dass sie nur eine Gemeinschaft im Aeusserlichen, im Wirtschaftlichen ist und dass für ihre Begründung der Wille der Beteiligten eine grössere Bedeutung hat. Ihr Vertragscharakter ist darum ziemlich stark.

(Forts.) Betrieb,nicht der Arbeitsvertrag der entscheidende Tatbestand,an den die gesetzl.Regelung grundsätzl.anknüpft.Siebert, dagegen lehnt die Ansicht,dass das Arb.Verh.ein Vertragsverh.sei, völlig ab.Das Arb.Verh.sei ein personenrechtl.Verhältnis wie die Mitgliedschaft in einem Verein.Die Betr.Gemeinsch.sei eine bes. Rechtsform wie der Verein.(W.Siebert.D.R.1934,S.461ff.,537ff.; D.Arb.recht 1935,S.226ff.;Zt.d.Ak.f.dt.Recht 1936 S.93ff.;u.bes.: d.Arb.Verhältnis i.d.Ordng.d.nat.Arbeit,1935.

1) Siebert will die Vorschriften des BGB über die Geschäftsfähigkeit überhaupt nicht mehr anwenden,sondern aus dem bes.Recht d.Arbeitsverhältnisses eine eigene "Arbeitsmündigkeit" gestalten.Er übersieht,dass Gemeinschaft u.Vertrag auch eine Einheit bilden u.desh.zw.Gem.Recht u.Vertr.Recht e.Verwandtsch.besteht

Wo aber der Zusammenschluss fester und inniger ist, wie bei den Genossenschaften, Körperschaften, Vereinen und Verbänden, da spielt der Vertrag nur eine untergeordnete Rolle. Die Beteiligten schliessen sich auf Grund einer Gemeinsamkeit ihres Wesens, ihrer Person, überhaupt ihres Lebens zu e i n e m Wesen zusammen, zu einem "Gemeinwesen", gleichsam zu e i n e r grossen "Familie". Ihre Persönlichkeit, ihr Wesen ist der entscheidende Grund für den Zusammenschluss. Der Wille hat sich dem unterzuordnen. Wohl müssen sich die Mitglieder - wie die Glieder der Familie - miteinander vertragen. Aber der Vertrag, der Wille zur Vereinigung, ist nur die Verwirklichung der in ihnen angelegten Gemeinschaft. Darum ist die Begründung eines Vereins oder eines Verbandes kein echter Vertrag, obwohl er auch Vertrag ist[1]. Es ist ein der Wirklichkeit nicht angemessenes, abstraktes Denken, das entweder nur einen Vertrag oder nur eine Gemeinschaft sehen will, nicht aber eines in dem anderen schaut und entweder das eine oder das andere vorwiegen sieht. Vorwiegend ist aber bei den Körperschaften nicht der Wille, nicht die Freiheit, nicht der Vertrag, sondern die Gebundenheit und die Gemeinschaft. Denn wir stehen hier am Ursprung des Rechts, im Recht der Persönlichkeit, von der alles Recht ausgeht und zu der es zurückkehrt.

Die Person ist in ihrem Ursprung Gemeinwesen und Sonderwesen zugleich. Eines ist mit dem anderen notwendig gesetzt. Mit wem die Person ein Gemeinwesen bildet, entscheidet nicht ihr Wille, sondern sie selbst, ihre Persönlichkeit, ihr Wesen. Im Selbst-Bewusstsein erkennt sie ihre Gemeinschaft und im Willen verwirklicht sie ihre Gemeinschaft, verträgt sie sich gemäss ihrem "Gemeinwesen". Der Wille schafft nur das nach, was schon geschaffen ist. Der Vertrag schliesst nur das zusammen, was ursprünglich schon zusammengeschlossen ist. Die Grundlage ist die Person, ihr Wesen, ihr Gemeinwesen, ihre Gemeinschaft. Die Gemeinschaft der Person ist es, welche die Eltern und Kinder, die Ehegatten, die Geschwister und Verwandten, die Haus- und Arbeitsgenossen miteinander zusammenschliesst. Die Gemeinschaft der Person ist es, die die Familiengemeinschaft, ja, überhaupt jede Gemeinschaft begründet.

---

1) z.B. nennt Enneccerus-Nipperdey, 1.Bd., 13.B., 1931, S.299 Abs.2 und Anm.2 die Vereinsgründung einen Vertrag.- Es ist hier nicht d.Platz, auf die Frage der juristischen Person näher einzugehen.

Der Vertrag, den die Familiengenossen miteinander schliessen, in dem sie sich immer wieder vertragen, ist nur ein Nachschaffen und Nachbilden ihrer Gemeinschaft. Er ist nicht die Grundlage ihres Verhältnisses. Der Vertrag ist nur dort Grundlage, wo die Menschen unverbunden einander gegenüberstehen: in ihren Sachbeziehungen, im Vermögensrecht, im wirtschaftlichen Verkehr. Selbst aber dort sind die Menschen nicht völlig unverbunden. Selbst dort ist der Vertrag im tiefsten Grund ein Nachschaffen, er ist ein Nachbilden der Gemeinschaft, die in allen angelegt ist, der Volksgemeinschaft, die auch eine Wirtschafts- und Sachgemeinschaft ist und ihre Verwirklichung fordert durch die Verträge des wirtschaftlichen Verkehrs. Im tiefsten Grunde ist der Vertrag nirgends das Letzte, sondern immer das Vorletzte.

Im Gang durch das Familienrecht der Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft haben wir somit das bestätigt gefunden, was wir am Anfang aus den Begriffen des Rechts, der Gemeinschaft und des Vertrags entwickelt haben. Das Recht der Familie, d.h. ihr rechtes und wahres Wesen ist Gemeinschaft. Durch ihre Bluts- und Wesensgemeinschaft sind die Familienglieder aneinander gebunden und miteinander verbunden. Wohl ist auch diese Gebundenheit Selbst - Bindung und Vertrag, indem die Familienglieder ihre Gemeinschaft in Bewusstsein und Willen aufnehmen und sich demgemäss "vertragen". Aber sie ist doch nicht Vertrag im eigentlichen und typischen Sinn, in dem Sinn, in dem wir den Vertrag verstehen, wenn wir ihn von der Gemeinschaft unterscheiden. Vertrag in diesem Sinn ist nur dort, wo es in erster Linie auf den Willen zum Zusammenschluss ankommt, nicht auf die natürliche Gemeinschaft. In dieser Gestalt hat der Vertrag seinen Platz im Vermögensrecht, nicht aber im Personenrecht und damit auch nicht im Familienrecht.

Im Familienrecht trägt die Gebundenheit den Ton und nicht die Freiheit, das Sollen und nicht das Wollen, die Gemeinschaft und nicht der Vertrag. Der Vertrag, den die Familienglieder miteinander schliessen, indem sie sich immer wieder vertragen, ist nur die Folge dieser Gemeinschaft. Die Familie kennt den Vertrag und kennt ihn nicht, kennt ihn als etwas, das sie in sich enthält, das sie aber nicht ist, da sie mehr ist als Vertrag, nämlich Gemeinschaft. Das Recht der Familie ist ein Recht der Gemeinschaft. Der Vertrag im eigentlichen Sinn herrscht nicht im Familienrecht.

Schrifttum.

Amira, Karl von, Grundriss des germanischen Rechts, 3.A., 1913

\- Nordgermanisches Obligationenrecht,1.Bd.,1882 2.Bd., 1895.

Baligand,Albert von, Der Ehevertrag,1906.

Bänninger, Martha, Verträge zwischen Ehegatten über die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe, Zür.Diss.1922.

Binder, Julius, Das System der Rechtsphilosophie Hegels, 1931.

\- Der obligatorische Vertrag im System der Hegelschen Rechtsphilosophie, Veröff.d.internat. Hegelbundes, 3.Bd.1933.

Bornemann,W. Systematische Darstellung des Preuss.Zivilrechts, 2.A., 1845, 5.Bd.

Brunner, Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte, 1.Bd.2.A.1906.

Brunner-v.Schwerin,Deutsche Rechtsgeschichte, 2.Bd.2.A.1928.

Busse,Martin, Das Thema der Rechtsphilosophie Hegels,1931.

Dernburg,Heinr., Pandekten,3.Bd. Familien u.Erbrecht,5.A.,1897.

Dersch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Komm.1934.

Dulikeit,Gerhard,Rechtsgestalt und Rechtsbegriff, 1936.

Egger, A., Kommentar z.Schweiz.Zivilgesetzbuch, 2.Bd. Das Familienrecht d.Schweiz.ZGB. 1.A.,1914.

\- - - Neue Auflage, 8.Liefgn. 1933-1937.

Ehrlich,Eugen, Das zwingende und nicht zwingende Recht i.BGB. 1899.

Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgem.Bürgerl.Gesetzbuchs, 1911, 1.u.2.Teil.

Frank,Hans, hrsg.von, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2.A., 1935.

Gierke,Otto von, Deutsches Privatrecht, 1.Bd.1895.3.Bd.1917.

\- Das deutsche Genossenschaftsrecht.

1.Bd. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft,1868.

2.Bd. Geschichte des Körperschaftsbegriffs 1873.

4.Bd. Die Staats-u.Korporationslehre der Neuzeit, 1913.

Gierke,Otto von, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887.
Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, im Jahrb.f.Gesetzgebung, Verwaltung u.Volkswirtschaft,12.Jg.,1888, S.843ff., 1179ff., 13.Jg. 1889 S.183ff.,723ff.

Hegel,Georg Wilhelm Friedrich, Sämtliche Werke, neu herausg.v. Hermann Glockner, 7.Bd.: Grundlinien der Philosophie des Rechts. 1928.

Heinsheimer,Karl, Die Zivilgesetze der Gegenwart, begr.v. Bd.Frankreich, Code Civil, 1932.

Heusler,Andreas, Institutionen des deutschen Privatrechts, 1.Bd.1885, 2.Bd. 1886 im Handb.d.deutschen Rechtswissenschaft,hrsg.v.Binding, Abt.2, 2.Tl.

Hübner,Rudolf, Grundzüge des deutschen Privatrechts,5.A. 1930.

Kant, Immanuel, Sämtliche Werke,hrsg.v.Hartenstein,7.Bd.: Die Metaphysik der Sitten, 1.Tl. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.

Koch, C.F., Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, Komm. hrsg.v. , 3.Bd.,5.Ausg.,1875.

Kreittmayer, Xaver, Frh.v., Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, 1.Tl. 1759.

Lange,Heinrich, Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934.

- Nationalsozialismus und bürgerl.Recht,1934 im NS.Handb.f.Recht u.Gesetzgebung(s.oben).

Larenz,Karl, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2.A. 1935.

- Hegels Begriff der Philosophie u.Rechtsphilosophie, 1931.

- Vertrag und Unrecht, 1.Teil 1936.

Lehmann, Heinrich,Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs 4.A. 1933.

- Familienrecht, 1926.

Magidson, J. , Das sowjetrussische Eherecht, 1931, 1.H.62 der Lpz.rechtswissensch.Studien.

Mansfeld-Pohl u.a.,Die Ordnung der nationalen Arbeit.Komm.1934.

Mitteis,Heinrich, Die Ehe in der Rechtsprechung des RG. in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 3.Bd., 1929.

Mössmer,Ferdinand, Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechtes (in den Schriften der Ak.f.D.R.)

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Band 4 Familienrecht 1888
" 5 Erbrecht 1888.

Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht
Band 2 Rechtspflege, b) Bürgerliches und Handelsrecht, Nr.23 Gesetz gegen Missbräuche bei der Eheschliessung und der Annahme an Kindesstatt.

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg.v.Strohal, 4.Bd. 1.Hälfte Familienrecht, bearb.v. Unzner, 4.A., 1928.

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit bes.Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG., erl. von... 8.A., 4.Bd., bearb.v.Hallamik (Eherecht,Vormundschaftsrecht) und von Sayn (Eheliches Güterrecht, Verwandschaft) 1935.

Sauter, Johann, Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts, 1932.

Schönfeld,Walther, Das Rechtsbewusstsein der Langobarden auf Grund ihres Edikts, in: Festschrift Alfr. Schultze, 1934.

- Rechtsphilosophie, Jurispudenz u.Rechtswissenschaft,Zt.f.D.Kult.phil.,1934,S.61 ff.

- Der deutsche Idealismus u.die Geschichte, 1936.

- Der Positivismus u.das Kirchenrecht,in: Arch.f.Rechts-u.Sozialphilsophie,30.Bd.1936.

Schreuer,Hans, Deutsches Privatrecht, 1921.

Schröder-Künssberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 6.A. 1922.

Siber,Heinrich, Römisches Recht, II Röm.Privatrecht,1928.

Siebert,Wolfgang, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit. 1935.

- BGB-System und völkische Ordnung in: "Deutsche Rechtswissenschaft", 1936.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg.v... 6.A.1937. 3.Bd. Sachenrecht, Familien- und Erbrecht.

Sohm,Rudolph, Institutionen, 15.A., 1917.

Staudinger's Komm. zum Bürgerl.Gesetzbuch 9.A. 1926, 4.Bd. Familienrecht 1.u.2.Tl. Erl.v.Engelmann, Hrsg.v.Keidel.

Stutz, Ulrich, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem bürgerlichem Recht, 1900.

Swoboda, E., Das Allgem.Bürgerl.Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants, 1926.

Tönnies,Ferdinand, Gemeinschaft und Gesellschaft, 8.A., 1935.

Windscheid,Bernh., Lehrb.d.Pandektenrechts, 3.Bd. 8.A. bearb. v.Theodor Kipp, 1901.

Wolff,Martin (Jude) Das Familienrecht, 7.Bearb., 1931, 4.Bd. des Lehrb.d.Bürgerl.Rechts, begr.v. Enneccerus-Kipp-Wolff.

Zeiller, Franz Edler von, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch f.d.gesamten deutschen Erbländer der Oesterr.Monarchie, 1.Bd. 1811, 3.Bd. 1812.

- - - - - - - -

L e b e n s l a u f .

Am 25.November 1911 bin ich als Sohn des Kaufmanns Leopold Zechnall und seiner Frau Clara in London geboren. Der Krieg zwang uns, nach Deutschland zurückzukehren. Meine Eltern liessen sich in Stuttgart nieder. Hier besuchte ich von Frühjahr 1920 ab das Eberhard-Ludwigs-Gymnasium und legte im Frühjahr 1929 die Reifeprüfung ab. Darauf war ich 1 Jahr lang als Volontär bei der Darmstädter und Nationalbank Filiale Stuttgart beschäftigt. Im Sommersemester 1930 bezog ich die Universität Tübingen, um Rechtswissenschaft zu studieren. Nach 4-semestrigem Studium in Tübingen besuchte ich die Universitäten Berlin (Sommersemester 1932) und München (Wintersemester 1932/33), und legte am 14.6.1934 die erste höhere Justizdienstprüfung in Tübingen ab, worauf ich in Stuttgart zum Referendar bestellt wurde. Vom 9.November 1934 bis zum 12.Oktober 1935 leistete ich freiwilligen Heeresdienst im Infanterieregiment Konstanz. Seitdem bin ich als Referendar in Stuttgart tätig.

Druck der Omnitypie-Ges. Nachfl., L. Zechnall, Stuttgart